وعلى هذا قال أبو حنيفة ؛ من له القصاص في الطرف إذا استوفى الطرف ، وسرى إلى النفس ، ومات - لا يجب القصاص ، لأجل الشبهة ، وتجب الدية ، وعلى قولهم : لا يجب شيء .

وأجمعوا أن الإمام إذا قطع يد السارق ، أو البزاغ[1] ، أو الختان ، والفصَّاد ، والمأمور بقطع اليد : إذا سرى فعلهم ، لا يجب عليهم شيء - وهي تعرف في الخلافيات .

ولهذا قال أبو حنيفة : من له القصاص في النفس إذا استوفى في الطرف ، ثم عفا عن النفس ، وبرأ[2] ، لا يقطع طرفه ، ولكن يجب أرش اليد عند أبي حنيفة ، وعندهم : لا يجب شيء .

ولو سرى إلى النفس : لا يجب شيء .

وعلى هذا قال أبو حنيفة : من شج رأس إنسان ، فعفى عنها ، ثم سرى إلى النفس : تجب الديةدون القود. وقالوا : لا يجب شيء .

ومن قال لغيره : « اقتلني » - فقتله عمدا أو خطأ ، تجب الدية دون القود ، في ظاهر الرواية . وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء .

ولو قال : « اقتل عبدي » - فقتله ، لا يجب شيء ، لأنه أمره فيما هو حقه .

ولو قال له : « اقتل ولدي » ولا وارث له سوى الأب ، فقتله : يقتل القاتل لأنه لا حق له في دم ولده ، بخلاف نفسه ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال : تجب الدية ، استحسانا .

---

(١) البزاغ الحاجم وهو من يشرط ويسيل الدم .

(٢) أي طرف المقتص .

ولو عفا المجروح عن الجراحة ، ثم مات منه ـ صح عفوه ، استحسانا .

وكذلك الوارث : إذا عفا قبل موت المجروح ، يصح العفو ، استحسانا ، لأن له حقا .

ولو قال الرجل : « اقتل أخي » ، وهو وارثه ، فقتل ، لا يجب القود ، استحسانا ، وتجب الدية ، وعند زفر : يقتل ـ ولهذا نظائر .

وأما الثاني :

فهو القتل بآلة لم توضع له ، ولم يحصل به الموت غالبا ، مثل السوط الصغير ، والعصا الصغيرة : فإنه يوجب المال ، دون القصاص ـ بالإجماع .

فأما القتل بالعصا الكبيرة ، وبكل آلة يحصل بها الموت غالبا ، لكنها لا تجرح : فعند أبي حنيفة : هو شبه العمد ، لا يوجب القود . وعندهما : يوجب القود ـ وهو قول الشافعي .

وعلى هذا : إذا ضرب بالسوط الصغير ، ووالى في الضربات ، حتى مات : لا يجب القود عند أبي حنيفة ، وعندهم : يجب ـ والمسألة معروفة .

وأما القتل الخطأ :

فهو أن يرمي سهما إلى صيد فأصاب آدميا ، أو أراد أن يطعن قاتل أبيه فتقدمه رجل ، فوقع فيه ، ونحو ذلك .

وهو موجب للمال ، دون القصاص ، بالإجماع ـ لقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾[1] .

---

(١) سورة النساء : ٩٢ .

وأما القتل بطريق التسبيب :

فنحو من حفر بئرا على قارعة الطريق ، فوقع فيه إنسان ، ومات ـ فإنه يجب عليه الدية، دون القصاص ، بالإجماع ؛ لأنه مسبب للقتل ؛ وليس بمباشر ، لأن الحفر ليس بقتل .

وعلى هذا ـ شهود القصاص إذا رجعوا : لا يجب عليهم القصاص ، ولكن تجب عليهم الدية ، عندنا ، خلافا للشافعي ، لأنه لم يوجد منهم القتل مباشرة ، وإنما وجد منهم سبب القتل .

وأما بيان حكم ما دون النفس ـ فنقول :

كل ما يمكن فيه القصاص ، وهو الفعل العمد الخالي عن الشبهة ، فإنه يوجب القصاص . وكل ما لا يمكن فيه القصاص، وهو الفعل الخطأ وما فيه شبهة : ففي بعض الأعضاء تجب دية كاملة ، وفي بعض الأعضاء يجب أرش مقدر ، وفي البعض تجب حكومة العدل ـ فنقول :

لا خلاف بين أصحابنا انه لا يجري القصاص فيما دون النفس بين العبيد ، ولا بين الأحرار والعبيد ، ولا بين الذكر والأنثى ـ لأن القصاص فيها مبني على التساوي في المنافع والأروش ، ولا مساواة بين هؤلاء في منافع الاطراف والأروش ، ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا بمنقوصة الأصابع . وكذا لا تقطع اليمنى إلا باليمنى ، ولا اليسرى إلا باليسرى .

وكذلك في أصابع اليدين والرجلين : يؤخذ إبهام اليمنى بإبهام اليمنى ، والسبابة بالسبابة ، والوسطى بالوسطى ، ولا يقطع الأصابع إلا بمثلها من القاطع .

وكذا لا تؤخذ العين اليمنى باليسرى ، ولا العين اليسرى باليمنى .

وكذلك في الأسنان : الثنية بالثنية ، والناب بالناب ، والضرس بالضرس ، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ، ولا الأسفل بالأعلى ، لما ذكرنا من التفاوت في المنافع : وإنما يجري القصاص فيما يمكن فيه التساوي ، لا فيما لا يمكن .

ولهذا ـ لو قطع الكف من المفصل أو من المرفق أو من الكتف : يجب القصاص . ولو قطع من الساعد أو من العضد : لا يجب ، لأنه لا يعرف التساوي . وكذلك كل ما كان في غير المفاصل .

وكذلك في الأسنان : إذا قلع أو كسر: يجب القصاص : فيقلع سن القالع ، ويكسر ، بقدره بالمبرد .

وأما العين إن قورت : فلا يمكن القصاص فيها : فإن كانت العين قائمة وذهب ضوءها : فالقصاص ممكن ، بأن يجعل على وجهه القطن المبلول وتحمى مرآة وتقرب من عينه حتى يذهب ضوءها .

وروي عن أبي يوسف أنه لا يجب القصاص في الأحول ، لأن الحول نقص في العين والمماثلة شرط .

وفي الأذن إذا قطعت كلها ، أو بعضاً معروفاً ـ يقتص .

وأجمع أصحابنا على القصاص في الحشفة والمارن(١) .

واختلف أبو يوسف ومحمد في الأنف والذكر واللسان إذا استوعب كل واحد منهما : فعند أبي يوسف : يجب القصاص ، وعند محمد : لا يجب . وإنما يريد بقطع الأنف كل المارن ، فأما قصبة الأنف فعظم وأجمعوا أنه لا يجب القصاص في العظم ، لعدم الإمكان .

وفي حلق اللحية ، والرأس ، والحاجب ، والشارب إذا لم ينبت : لا

---

(١) المارن مادون قصبة الأنف وهو ما لان منه .

يجب القصاص ، وروي في النوادر أنه يجب القصاص .

وأما في الشجاج فلا خلاف أنه يجب القصاص في الموضِّحَة ، بأن ينتهي السكين إلى العظم ، ولا خلاف أنه لا يجب القصاص فيما بعد الموضحة من الهاشمة وغيرها .

وأما فيما قبل الموضحة : فقد ذكر في « الأصل » أنه يجب القصاص ، لأنه يمكن تقدير غور الجراحة بمسمار ثم يعمل حديدة على قدرها ، فتغمد في اللحم إلى آخرها ، فيستوفى ، مثل ما فعل .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجب به القصاص .

وأما بيان وجوب الدية ، ومقدارها ، وكيفيتها فنقول :

الجناية الموجبة للدية إما إن كانت في النفس ، أو فيما دونها .

أما إذا كانت في النفس :

ففيما بين الأحرار تجب ديةكاملة ، يستوي فيها الصغير والكبير ، والوضيع والشريف ، والمسلم والذمي .

وقال الشافعي : في دية اليهود والنصارى أربعة آلاف درهم فضة ، وفي المجوس ثمانمائة درهم .

ثم مقدار الدية في الأحرار ألف دينار ، أو عشرة آلاف درهم فضة ، أو مائة من الإبل - كل واحد أصل : وهو الظاهر في قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك ، وقالا من البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحُلل مائتا حُلة : كل حلة ثوبان : إزار ورداء .

وروي عن أبي حنيفة في كتاب المعاقل ما يدل على مثل قولهما ، فإنه قال : إذا صالح الولي على اكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة : لم يجز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، ولو لم تكن هذه الأشياء أصولا لجاز

الصلح على اكثر منها ، كما لو صالح على عـروض أخر تـزداد قيمتها عـلى الدية ـ وهذا عندنا .

وقال الشافعي : من الإبل والدنانير مثل قولنا ، وفي الدراهم قـال : اثني عشر الفا .

وأصله مـا روى عبيـدةالسلماني[1] عن عمـر أنـه قضى في الـديـة من الدراهم بعشرة آلاف ، ومن الدنانير بألف ، ومن الإبل بمائـة ، ومن البقر بمائتين ، ومن الشياه بألفين ، ومن الحلل بمائتين .

وأما كيفية الأسنان في الإبل :

فقـال أصحـابنـا في ديـة الخـطأ : إنها خمسـة أنــواع : عشـرون بنت مخاض ، وعشرون ابن مخـاض ، وعشرون بنت لبـون ، وعشرون حقـة ، وعشرون جذعة ـ وهو قول ابن مسعود .

وقال الشافعي : عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض .

وأمـا دية شبـه العمد ـ فقـال أبو حنيفـة وأبو يـوسف أرباعـا : خمس وعشـرون بنت مخـاض ، وخمس وعشـرونَ بنت لبـون ، وخمس وعشـرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ـ وهو قول ابن مسعود .

وقـال محمد : في شبـه العمد : ثـلاثون حقـة ، وثـلاثـون جـذعـة ، وأربعون ما بـين ثنية إلى بـازل عامهـا ، كلها خلقـة ـ وهو قـول عمر وأبي موسى الأشعري والمغيرة رضي الله عنهم .

---

(١) هو أبو مسلم ويقال أبو عمرو عبيدة بن قيس وقيل عبيدة بن عمرو وقيل عبيـدة بن قيس بن عمرو ويقال له السلماني نسبة الى بني سلمان بطن من مراد . أسلم قبل وفـاة النبي ﷺ بسنتين ولم يـره . وسمع عمر بن الخـطاب وعليّاً وابن مسعـود وابن الزبـير . وهو مشهـور بصحبة عـليّ . وروى عنه الشعبي والنخعي وابن سيرين وغيرهم . نزل الكوفة وورد المدينة وحضر مـع عليّ قتـال الخوارج . وكن أحـد أصحاب ابن مسعـود الذين يقـرؤ ون ويفتون . وكـان رابع أربعـة بالكـوفة أمـا الثلاثـة الآخرون فهم الحارث وعلقمة وشريح . وتوفي سنة ٧٢ وقيل سنة ٧٣ وقيل سنة ٧٤ هـ .

وذكر في « الأصل » : وعن علي رضي الله عنه أنه قال في شبه العمد أثلاث : ثلاثة وثلاثون حقة ، وثلاثة وثلاثون جذعة ، وأربعة وثلاثون خلفة في بطونها أولادها .

وأما حكم الجناية فيما دون النفس خطأ ـ فنقول :

قد تجب دية كاملة بتفويت العضو ، وقد تجب الدية بتفويت معنى في النفس تفوت به النفس حكما في حق جنس المنفعة ، وقد يجب أرش مقدر ، وقد تجب حكومة العدل .

فأما العضو الذي يجب كمال الدية بتفويته :

فهو العضو الذي لا نظير له في البدن يفوت به جمال كامل او منفعة بها قوام النفس ، وذلك نحو اللسان كله ، والأنف كله والذكر كله .

وتجب أيضا بقطع الحشفة والمارن ، وبعض اللسان إذا كان يمنعه من الكلام ، وكذا الإفضاء بين السبيلين بحيث لا يستمسك البول والغائط .

وكذا حلق شعر رأس الرجل والمرأة وحلق لحية الرجل بحيث لا ينبت ـ وهذا عندنا . وعند الشافعي : تجب حكومة العدل .

وأما حلق لحية العبد : ذكر في « الأصل » : تجب فيه حكومة العدل، وفي رواية الحسن : تجب قيمة العبد .

وقال أبو جعفر الهندواني : إنما تجب الدية بحلق اللحية إذا كانت كاملة يتجمل بها ، فإن كانت طاقات لا يتجمل بها : فلا شيء فيها .

وكذلك في لحية تشين ولا تزين ، بأن كانت على ذقنه شعرات .

وإن كانت لحية يقع بها الجمال في الجملة ، ولا يقع بها الشين : تجب فيها حكومة العدل .

وأما فوات المعنى :

فهو ذهاب العقل ، والبصر ، والسمع ، والشم ، والذوق ، والكلام ، والجماع ، مع قيام الآلة التي تقوم بها هذه المنافع صورة - فتجب بكل واحد منها الدية . وإنما يعرف فوات البصر بأن يلقى بين يديه حية ، فإن هرب يعلم أن بصره باق . وفي السمع يتغفل ثم ينادى ، فإن أجاب يعلم أنه لم يفت سمعه .

وأما العضو الذي في البدن منه اثنان - كالعينين ، والأذنين ، والشفتين ، والحاجبين إذا حلقا على وجه لا ينبتان ، واليدين ، والرجليين ، وثديي المرأة وحلمتيها - ففيها الدية ، وفي واحد من ذلك نصف الدية .

وفي الأنثيين : إن قطعهما مع الذكر جملة ، من جانب واحد ، في حالة واحدة ، فإنه يجب عليه ديتان : دية بإزاء الذكر ، ودية بإزاء الانثيين .

وإن قطع الذكر أولا ، ثم الأنثيين : يجب ديتان أيضا ، لأن بعد قطع الذكر منفعة الأنثيين قائمة ، وهي إمساك المني .

وأما إذا قطع الأنثيين أولا ، ثم الذكر : تجب الدية بقطع الأنثيين ، لزوال منفعة مخصوصة، وتجب بقطع الذكر حكومة العدل ، لأن منفعة الإيلاد بطلت بفوات الأنثيين .

وفي أشفار العينين كلها الدية ، وفي كل واحد منها ربع الدية إذا لم ينبت .

وكذا في قطع الأجفان مع الأشفار : تجب دية كاملة وتصير الأجفان تابعة للأشفار .

فأما إذا قطع الأجفان التي لا أشفار لها : تجب حكومة العدل - وصار

كقطع الأصابع وحدها : يوجب دية كاملة ، لأن الكف تبع .

ولو قطع الكف بدون الأصابع تجب حكومة العدل . ولو قطع الكف مع الأصابع تجب دية واحدة ، لأن الكف تبع ـ كذا هذا .

وفي أصابع اليدين ، أو الرجلين ، كلها الدية الكاملة .

وفي كل إصبع عشر الدية ـ لا فضل للكبيرة على الصغيرة .

ثم ما كان من الأصابع فيه ثلاثة مفاصل ففي كل مفصل ثلث دية الإصبع ، وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف دية الإصبع .

وإصبع اليد والرجل في الأرش سواء .

وفي الأسنان ـ في كل سن إذا سقطت خمسمائة درهم ، استوى فيه الأضراس والثنايا وغيرها .

فإذا اسودت السن من الضربة أو احمرت أو اصفرت : ففيه الأرش تاما عند أبي حنيفة .

وقد روى أبو يوسف عنه أنه قال : فيها حكومة العدل .

وروى محمد عنه أنه قال : إن كان حرا فلا شيء عليه ، وإن كان عبدا ففيه حكومة العدل .

وقال : فيها حكومة العدل .

ثم هذا الحكم في الأسنان بعد أن يستأنى بها سنة : فإن نبتت بيضاء مستقيمة : فلا شيء عليه . وإن نبتت سوداء أو حمراء أو صفراء أو خضراء : جعلت كأن لم تكن ، لأنه لم يحصل بها الجمال والمنفعة .

وأما الشجاج[1] ـ فقد ذكر المشايخ أن الشجاج إحدى عشرة شجة :

---

(١) يلاحظ أن الشجاج تختص بالوجه والرأس أما الجراح ففي سائر البدن (أي غير الوجه والرأس) .

أولها الخادشة ـ وهي التي تخدش الجلد .

وبعدها الدامعة ـ وهي التي يخرج منها ما يشبه الدمع .

وبعدها الدامية ـ وهي التي يخرج منها الدم .

وبعدها الباضعة ـ وهي التي تبضع اللحم .

وبعدها المتلاحمة ـ وهي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة ـ هكذا روي عن أبي يوسف .

وقال محمد : المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي يتلاحم فيها الدم ويسود .

وبعدها السمحاق ـ وهي التي تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم : تلك الجلدة تسمى السمحاق .

ثم الموضِّحة ـ وهي التي توضح العظم .

ثم الهاشمة ـ وهي التي تهشم العظم .

ثم المُنَقِّلة ـ وهي التي يخرج منها العظم على وجه النقل .

ـ ثم الآمة ـ وهي التي تصل إلى أم الدماغ ، وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ .

ثم الدامغة ـ وهي التي تخرق الجلدة وتصل إلى الدماغ .

فهذه أحدى عشرة شجة . ولم يذكر محمدا لخادشة ، ولا الدامغة ، لأنه لا يتصل بهما الحكم غالبا لأن الخادشة لا يبقى لها أثر ولا حكم للشجة التي لا يبقى لها أثر ، والدامغة لا يعيش معها الإنسان فيكون حكمه حكم القتل .

ثم في الشجاج التي قبل الموضِّحة تجب حكومة العدل .

وفي الموضِّحة تجب خمس من الإبل .

وفي الهاشمة عشر من الإبل .
وفي المُنَقِّلة خمسة عشر من الإبل .
وفي الآمّة ثلث الدية .

ثم مواضع الشجاج عندنا هو الرأس ، والوجه في مواضع العظم مثل : الجبهة ، والوجنتين ، والصدغين ، والذقن ، دون الخدين ولا تكون الآمّة إلا في الرأس ، وفي الوجه في الموضع الذي يخلص منه إلى الدماغ .

والصغيرة والكبيرة في ذلك سواء ، لقوله عليه السلام : « في الموضحة خمس من الإبل » من غير فصل .

ثم **الجراح في سائر البدن** ـ ليس في شيء منها أرش معلوم ، سوى الجائفة ، وهي الجراحة النافذة إلى الجوف ، والمواضع التي تنفذ الجراحة منها إلى الجوف هي : الصدر ، والظهر ، والبطن ، والجنبان دون الرقبة ، والحلق ، واليدين والرجلين ـ وفيها ثلث الدية . فاذا نفذت إلى الجانب الآخر ، فهي جائفتان ، وفي كل واحدة منهما ثلث الدية ، فإنه روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية ، وذلك بحضرة الصحابة ، من غير خلاف .

وأما ما يجب حكومة العدل فيه ـ فقد ذكرنا بعضه .

ومن ذلك : كسر الضلع ، وكسر قصبة الأنف ، وكسر كل عظم من البدن ، سوى السن : فيه حكومة العدل .

وكذا في ثدي الرجل ، وفي حلمة ثدييه حكومة عدل دون ذلك ، وفي أحدهما نصف ذلك .

وفي لسان الأخرس ، وذكر الخصي ، والعنين ، والعين القائمة الذاهب نورها ، والسن السوداء ، واليد الشلاء ، والذكر المقطوع

الحشفة ، والكف المقطوع الأصابع ، وكسر الظفر وقلعه بحيث لا ينبت أو نبت مع العيب .

وأما الصبي الطفل : ففي لسانه حكومة عدل ، ما لم يتكلم . وفي يده ورجله ، وذكره إذا كان يتحرك ، مثل الكبير : وفي المارن والأذن : المقصود هو الجمال ، فحكمه حكم الكبير ، وفي العين ، إذا وجد ما يستدل به على البصر كالكبير .

وفي حلق رأس إنسان إذا نبت أبيض : على قول أبي حنيفة : لا يجب شيء إذا كان حراً ، لأن الشيب ليس بعيب ، وإن كان عبدا يجب مانقصه ، وقال أبو يوسف : تجب حكومة العدل فيهما .

وفي ثدي المرأة المقطوعة الحلمة والانف المقطوع الأرنبة ، والجفن الذي لا أشفار له ـ حكومة العدل .

ثم الشجة إذا التحمت ونبت الشعر ـ لا يجب فيها شيء على الشاج عند أبي حنيفة ، لأن الشين الذي لحقه بسببه قد زال . وقال أبو يوسف : تجب عليه حكومة عدل في الألم . وقال محمد : يلزمه أجرة الطبيب .

واختلف المتأخرون من أصحابنا في كيفية الحكومة :

فقال الطحاوي : يقوم المجني عليه ، لو كان عبدا ، صحيحا ، ويقوم وبه الشجة ـ فما نقص بين القيمتين كان أرشا في شجة الحر .

وكان أبو الحسن الكرخي يقول : يقرب من الشجة التي لها أرش مقدر ، بالحزر والظن : يحكم بذلك أهل العلم بالجراحات .

وأما حكم النساء ـ فنقول :

إن دية المرأة على النصف من دية الرجل بإجماع الصحابة ، مثل عمر

وعلي وابن مسعود[١] وزيد بن ثابت[٢] رضي الله عنهم وغيرهم : فإنهم قالوا : دية المرأة على النصف من دية الرجل ، إلا أن ابن مسعود قال : إلا في الموضحة والسن : فإنها كالرجل .

وأما فيما دون النفس من المرأة : فإنه يعتبر بديتها : فيتنصف كديتها ، لأن المرأة في ميراثها وشهادتها بمنزلة النصف من الرجل ـ فكذا في الدية .

وقال ابن مسعود : تعاقل[٣] المرأة الرجل فيما كان أرشه نصف عشر الدية ، يعني ما كان أقل من ذلك فالرجل والمرأة في ذلك سواء ، واستدل بالغرة .

وقال سعيد بن المسيَّب[٤] : تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها : يعني ما كان أقل من ثلث الدية ، فالرجل والمرأة فيه سواء .

وروي أن ربيعة الرأت[٥] سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع إصبع

---

(١) عبد الله بن مسعود ـ من كبار الصحابة وساداتهم وفقهائهم ومقدميهم في القرآن والفقه والفتوى وأصحاب الخلق . كان من المتقدمين في الإسلام إذ كان سادس ستة . هاجر الى الحبشة ثم الى المدينة . وشهد بدراً وأحداً والخندق وغيرها واليرموك . روي له عن رسول الله ﷺ ٨٤٨ حديثاً . وفي صحيح مسلم عنه أنه قال : « والذي لا إله غيره ما من كتاب الله سورة إلا أنا أعلم حيث نزلت وما من آية إلا أنا أعلم فيما نزلت ولو أعلم أحداً هو أعلم بكتاب الله مني تبلغه الإبل لركبت اليه » . نزل بالكوفة في آخر أمره وتوفي بها سنة ٣٣ هـ . وهو ابن بضع وستين سنة .

(٢) وزيد بن ثابت ـ صحابي . وهو كاتب الوحي والمصحف ومراسلات النبي ﷺ الى الناس . وكان يكتب لأبي بكر وعمر في خلافتهما . وكان أحد الثلاثة الذين جمعوا المصحف . استصغره النبي ﷺ يوم بدر فرده . وقيل شهد أحداً . وشهد الخندق وما بعدها من المشاهد . وكان من الراسخين في العلم وأعلم الصحابة بالفرائض للحديث : « أفرضكم زيد » . وتوفي بالمدينة سنة ٥٤ هـ .

(٣) أي تساويه في العقل وهو الدية فتأخذ كما يأخذ الرجل .

(٤) سعيد بن المسيب (بالفتح والكسر) ـ إمام التابعين وأحد فقهاء المدينة السبعة . متفق على إمامته وجلالته . وكان زوج بنت أبي هريرة . ورأى عمر وسمع منه ومن عثمان وعليّ وابن عباس وابن عمر وغيرهم . وروى عنه جماعات من أعلام التابعين . ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر وقيل لأربع . وتوفي سنة ٩٣ أو ٩٤ هـ .

(٥) ربيعة الرأي هو أبو عثمان ويقال أبو عبد الرحمن بن ربيعة . وقد قيل له « ربيعة الرأي » لأنه كان

امرأة ، فقال : فيها عشر من الإبـل ، قال : فـإن قطع ثـلاثا قـال : فيها ثلاثون من الإبل ، قال : فإن قطع أربعة، قال: فيها عشرون من الإبل ، فقـال ربيعة : لما عظم ألمهـا وزادت مصيبتها ، قـل أرشهـا ـ فقـال لـه : أعـراقي أنت ؟ قال : لا ! بـل جاهـل متعلم ، أو عـالم متبـين ، فقـال : هكذا السنة يا ابن أخ ! ـ أراد بذلك سنة زيد بن ثابت .

وما قال ربيعة فهو حجتنـا في المسألة: أن مـا قالـوا يؤدي إلى أن يقل الأرش عند كثرة الجناية ـ وهـذا لا يصح ، لأن مـا دون النفس معتبر بـدية النفس ، بدلالة ما زاد على ثلث الدية .

وأما في العبد :

إذا قتله حر خطأ : فإن كان قليل القيمة : فإنه يجب قيمته بالإجماع ، فأما إذا كان كبير القيمة ، بأن زادت قيمته عن دية الحـر : قال أبـو حنيفة ومحمد : يجب عشرة آلاف إلا عشرة ، وقال أبو يوسف والشـافعي : تجب قيمته بالغة ما بلغت ، إلا أن عند الشافعي تجب بمقابلة الماليـة ، وعند أبي يوسف تجب بمقابلة الـدم ، ولهذا قـال : مقدار الـدية يجب عـلى العاقلة ، ويجب مؤجـلا في ثلاث سنـين ، ويدخـل فيه الإبـل كـما قـالا ـ والمسـألـة معروفة .

وأما إذا قتله عبد ، خطأ : فإنه يجب الدفع أو الفداء .

وأما إذا جنى العبد على حر ، أو على عبد غير المولى : فإن كان عمدا يجب القصاص ، وإن كان خطأ ، في نفس ، أو فيما دونها ، قـل أرشها ، أو كـثر ، فذلـك في رقبة الجـاني وليس في ذمة المـولى منه شيء ، ويكـون

= يعـرف بالـرأي والقياس . وهـو تابعي سمـع أنس بن مالـك والسائب بن يـزيد الصحـابيـين وابن المسيب ومكحـول وغيرهما . وهو شيـخ مالـك ، وقد روى عنـه هـو والثـوري والليث والأوزاعي وغيرهم . وتوفي بالمدينة سنة ١٣٦ هـ .

المولى بالخيار : إن شاء دفع العبد بالجناية ، وإن شاء فدى عنه ، بجميع الأرش ، لإجماع الصحابة على ذلك .

فإن مات العبد قبل أن يختار الفداء ، فلا شيء على المولى ، لأن الحق متعلق بالعين ، فيزول بزواله ، وإن كان بعد اختيار الفداء ، لم يبطل ، لأنه انتقل الحق إلى ذمة المولى بالتزامه .

وإن جنى العبد على جماعة : فالمولى بالخيار : بين أن يدفع العبد إليهم وكان مقسوما بينهم ، على قدر ما لكل واحد منهم من أرش الجناية ، وبين أن يمسك العبد ، ويفدى بأرش الجنايات كلها ، لما ذكرنا .

ولو تصرف المولى في العبد الجاني ، بعدالعلم بالجناية ، تصرفا يخرجه عن ملكه ، نحو البيع والهبة والإعتاق ، أو أقر به لرجل ، أو كانت أمة فاستولدها ـ فإنه يصير مختارا للفداء : بالدية إن كانت الجناية في النفس ، وبالأرش إن كانت الجناية فيما دون النفس ، لأن المخير بين الشيئين إذا فعل ما يدل على اختيار أحدهما ، أو منع من اختيار أحدهما ـ تعين الآخر للاختيار، ومع هذه التصرفات تعذر الدفع .

وإن كان لا يعلم بالجناية يلزمه قيمة عبده ، إذا كانت أقل من الأرش لأنه لا يصير مختارا بلا علم ، ولكن امتنع التسليم إلى الولي بفعله ، مع تعلق حق الولي به ، فيصير متلفا عليه هذا القدر ، فيلزمه ذلك القدر ، ولا حق لولي الجناية فيما زاد عليه .

وأما جناية المدبر وأم الولد :

ففي مال المولى ، دون عاقلته ـ يعتبر الأقل من أرش الجناية ومن قيمته لأن الأصل في جناية العبد هو دفع الرقبة، إلا أنه بالتدبير والاستيلاد صار مانعا من التسليم ، من غير اختيار ـ فكأنه دبره ، وهو لا يعلم بالجناية ، فيلزمه الأقل من ذلك ، لما ذكرنا .

ولا يلزم المولى بجناياتها أكثر من قيمة واحدة ، وإن كثرت الأروش : يستوي فيه من تقدم أو تأخر في الجناية ، لأن المنع منع واحد ، والضمان يتعلق به ، فجعل كأن الجنايات اجتمعت ثم دبره وهو لا يعلم بها . ويعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم جنى عليه ، ولا يعتبر القيمة يوم التدبير ، لأنه صار مانعا بالتدبير السابق عن تسليمه في حال الجناية .

وأما جناية المكاتب :

فعليه دون سيده ، ودون عاقلته ـ يحكم عليه بالأقل من قيمته ومن أرش جنايته . وهذا لأن الواجب الأصلي هو دفع الرقبة ، وتسليم رقبته ممكن ، في الجملة ، بأن عجّز نفسه ، فيكون متعلقا برقبته على طريق التوقف : فلا ينتقل الحق من رقبته إلى ذمته ، ليؤدي من كسبه ، إلا بأحد معان ثلاثة : إما بحكم الحاكم بأرشها عليه ، أو يصطلحوا على الأرش ، أو يموت ويترك مالا أو ولدا ـ وهذا الذي ذكرنا مذهبنا .

وقال زفر : إن جنايته تجب في ذمته ، بمنزلة الحر .

وثمرة الخلاف تظهر في مواضع :

ـ من ذلك أن المكاتب إذا عجز ، قبل انتقال الجناية من رقبته ـ يقال للمولى : ادفعه أو افده ، وعند زفر : يباع في الأرش .

ـ ومن ذلك أيضا أن المكاتب إذا جنى ثم جنى قبل القضاء بالجناية الأولى عليه ، يقضى عليه بقيمة واحدة ، لأن الجناية تتعلق بالرقبة ، والرقبة الواحدة تتضايق عنهما ، كجنايتي العبد. وعند زفر : يحكم في كل جناية بقيمته ، لأنها تجب عنده في الذمة ولا تضايق فيها .

وأما جناية العبد والمدبر وأم الولد على مولاهم أو على ماله ، خطأ : فتكون هدرا ، لأنه لو وجب الضمان ، يجب على العبد للمولى ، والمولى لا يجب له مال على عبده .

وكذا الجناية من المولى ، عليهم : تكون هدراً أيضاً، إلا أن في المدبر يجب عليه أن يسعى في قيمته إذا قتل المولى خطأ ، لأن العتق وصية ، فلا يجوز أن يسلم للقاتل .

وأما جناية المكاتب على مولاه ، وجناية مولاه عليه ـ خطأ ، فلازمة ، لأن المكاتب أحق ، بمنافعه ، وأكسابه ، فيكون كالحر سواء .

وأما الجنين ـ فنقول :

إذا ضرب الرجل بطن امرأة ، حرة ـ فألقت جنينا ميتا : فعليه الغرة[1]،وهي عبد أو أمة تعدل خمسمائة درهم ، ذكرا كان الجنين أو انثى .

وكان القياس فيه أن لا يجب شيء ، لأنه يحتمل أنه لم يكن فيه حياة ، وقت الضرب ، ولهذا لو ضرب بطن دابة ، فألقت جنينا ، ميتا ، لا يجب الضمان ، وفي الاستحسان: يجب لإجماع الصحابة على ذلك .

ويكون على العاقلة .

ولو ألقته حيا ، فمات من ساعته ، فعليه الدية ، كاملة ، على العاقلة ، لأن صارت نفسا من كل وجه .

ولو ماتت الأم بالضرب ، ثم خرج الجنين ، ميتا : لا يلزمه الغرة ، لاحتمال أنه مات بسبب الخنق ، فزاد ههنا احتمال اخر.

وأصل الوجوب ثبت بخلاف القياس ، فلا يقاس عليه ما ليس نظيره .

ولو ضرب بطن أمة ، فألقت جنينا ، ميتا : يغرم نصف عشر قيمته

---

(١) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والأمة الفارهة ومنه الحديث « وجعل في الجنين غرة : عبداً أو أمة » .

إن كان ذكرا ، وعشر قيمتها إذا كـان أنثى ، وقال الشـافعي : فيه عشـر قيمة الأم .

وهذا لما ذكرنا أن الواجب في الجنين الغرة ، بالنص ، وهـو خمسمائـة درهم وذلك عشر دية الأنثى ، ونصف عشر دية الذكر ، والقيمة في الأمـة كالديـة في الحرة ، فـوجب عشر قيمتهـا ، إن كانت أنثى ، ونصف عشر قيمته إن كان ذكرا ، بناء على الحر ، إلا أن ما وجب في جنين الأمة ، فهو في مال الضارب ، حـالا ، لأن ما دون النفس من الـرقيق ضمانـه ضمان الأموال ، وذلك مما لا تتحمله العاقلة ، بخلاف جنين الحرة .

وأما بيان من تجب عليه الدية ـ فنقول :

كل دية وجبت بنفس القتـل ، في خطأ ، أو شبـه عمد ، أو في عمـد دخلته شبهة : تجب في ثلاث سنين ، عـلى من وجبت عليه : في كـل سنة الثلث .

فالخطأ وشبه العمد : على العاقلة .

وأما العمد الذي تدخله الشبهة ، فيتحول مالا : فهو في مال الجاني ، في ثلاث سنين ، وذلك مثل قتل الأب ابنه ، والمولى عبده .

وكـذلك إذا صـولح مـن الجنـاية عـلى مال : لا يجب عـلى العـاقلة ، ويجب على القاتل ، في مالـه ، حالا ، لأنـه ما وجب بنفس القتـل ، وإنما وجب بعقد الصلح ، فإن جعـلاه مؤجلا ، يكـون مؤجلا ، وإلا فيكـون حالا ، كثمن المبيع .

وكذا من أقر على نفسه ، بالقتل ، خطأ: فالدية في مـاله ، في ثـلاث سنين لا على العاقلة .

وكذلك ما وجب بجناية العبد : فإنه لا يكون على العاقلة .

وأصل ذلك حديث عمر ، رضي الله عنه ، موقوفا عليه ، ومرفوعا : « لا تعقل العاقلة عمدا ، ولا عبدا ، ولا صلحا ، ولا اعترافا ، ولا ما دون أرش الموضحة » ـ إلا أن في الصلح ، تجب حالا ، وفي الإقرار ، والعمد الذي فيه شبهة ، تجب عليه ، ولكن مؤجلا في ثلاث سنين ، لإجماع الصحابة: أن الدية تجب مؤجلة في ثلاث سنين : في كل سنة الثلث ، عند انقضائها .

وكذلك الحكم في الحر من بدل النفس : فهو في ثلاث سنين ، كالعشرة إذا قتلوا واحدا ، خطأ : فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين .

ولا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة دراهم ، أو أربعة ، في ثلاث سنين ، فإن قلت العاقلة حتى صار نصيب كل واحد منهم أكثر من ذلك يضم إليهم أقرب القبائل منهم ، في النسب ، من أهل الديوان كانوا أو من غيرهم ، حتى لا يلزم الرجل منهم أكثر من ذلك ،لأنه يجب عليهم، بطريق الإعانة ، تخفيفا على قريبهم ، فلا يجوز أن يجب عليهم على وجه فيه تعسير عليهم .

وأما أرش ما دون النفس ، خطأ ، إذا بلغ نصف عشر الدية ، فهو على العاقلة ، في سنة . وكذا في المرأة إذا بلغ نصف عشر ديتها : يكون على العاقلة ، في سنة ، لأن ما دون النفس معتبر بالدية .

ثم ما زاد على نصف العشر إلى أن يبلغ ثلث الدية ، ففي سنة ، قياسا على ما يجب على العاقلة ، في السنة الأولى .

فإن زاد على الثلث : فالزيادة تجب في سنة أخرى إلى الثلثين .

فإن زاد على الثلثين : فهي في السنة الثالثة .

ثم العاقلة من هم ؟

فعندنا ـ العاقلة هم أهل الديوان ، في حق من له الديوان ، وهم المقاتلة ، ومن لا ديوان له ، فعاقلته من كان من عصبته في النسب .

وعند الشافعي : لا يلزم أهل الديوان إلا أن يكونوا من النسب .

والصحيح قولنا ، لما روي عن إبراهيم النخعي[1] أنه قال : كانت الدية على القبائل ، فلما وضع عمر رضي الله عنه الدواوين جعلها على أهل الديوان ، وذلك بحضرة الصحابة ، رضي الله عنهم ، من غير خلاف .

وتبين أنه إنما كان على أهل القبائل للتناصر ، فلما صار التناصر بالديوان اعتبر الديوان ، لوجود المعنى ، ولهذا لا تكون المرأة ، والصبي ، والعبد ، والمدبر ، والمكاتب من جملة العاقلة ، لأنهم ليسوا من أهل التناصر ، ولا من أهل الإعانة بالشرع ـ والله أعلم .

---

(١) فقيه أهل الكوفة . وهو تابعي جليل . دخل على عائشة رضي الله عنها ولم يثبت له منها سماع . وسمع جماعات من كبار التابعين . وروى عنه جماعات من التابعين منهم حمّاد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة . وأجمعوا على توثيقه وجلالته وبراعته في الفقه . وقد توفي سنة ٩٦ هـ .

باب
ضمان الراكب ، ومن كان في معناه

أصل الباب : أن السير في ملك نفسه مباح مطلق ، والسير في طريق المسلمين مأذون ، بشرط السلامة : فما تولد من سير من تلف ، مما يمكن الاحتراز عنه ، فهو مضمون ، وما لا يمكن الاحتراز عنه ، فليس بمضمون ، إذ لو جعلناه مضمونا ، لصار ممنوعا عن السير ، وهو مأذون .

ولهذا قال أصحابنا رضوان الله عليهم إن ما أثار من الغبار ، بالمشي أو بسير الدابة ، لا يضمن ما تولد منه ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

وكذا ما أثارت الدابة ، بسنابكها ، من الحصى الصغار ، وأما الحصى الكبار : فإن الراكب يضمن ما تولد منه ، لأنه لا يكون سببا إلا بالعنف في السير ، فيمكن الاحتراز عنه .

وإذا ثبت هذا ـ فنقول :

ـ من سارت دابته في طريق المسلمين ، وهو راكب عليها ، أو قائد ، أو سائق ـ فوطأت دابته رجلا ، بيدها أو برجلها ، أو كدمت ، أو صدمت بصدرها ، أو خبطت بيدها : فهو ضامن ، لأنه يمكن الاحتراز عنه .

ـ وكذلك السائق والقائد ، لانه مقرب للدابة إلى الجناية .

ـ والرديف كالراكب : إلا أن الفرق أن الراكب قاتل بوطء الدابة بثقله وفعله هو ليس بمسبب، والسائق مسبب ، حتى تجب الكفارة على

الراكب دون السائق والقائد .

ـ ولو نفحت الدابة برجلها ، وهي تسير ، أو بذنبها ، فلا ضمان في ذلك على راكب ، ولا رديف ، ولا سائق ، ولا قائد ـ لأن الاحتراز عنه غير ممكن .

ـ ولو أوقف الدابة في الطريق ، فهو ضامن لما تولد من وقوف الدابة : من الوطء ، والنفحة بالرجل ، والذنب ، وما عطب بروثها ، وبولها ، ولعابها .

ـ وكذا إذا أوقفها على باب مسجد من مساجد المسلمين ، فهو بمنزلة الطريق ، لأنه من جملته ، والسير مأذون في الطريق ، دون الوقوف والإيقاف .

ـ فإن جعل الإمام ، للمسلمين ، عند باب المسجد ، موقفا لوقوف الدواب : فما حدث ، من الوقوف ، غير مضمون ، لأنه مأذون فيه . ولكن ساق الدابة فيه ، أو قاد ، أو سار فيه ، على الدابة : يضمن ، لأن الإذن في حق الوقوف ، لا غير ، فبقي السير على ما كان : بشرط السلامة .

ـ وعلى هذا : وقوف الدواب ، في سوق الخيل والدواب ، لأن ذلك مأذون من جهة السلطان .

ـ وعلى هذا : الفلاة ، وطريق مكة ، إذا كان وقوف الدابة في غير المحجة ، في ناحية منه ، لأن هذا مما لا يضر بالناس ، فلا يحتاج فيه إلى الإذن وأما الوقوف في المحجة فهو كالوقوف في طريق المسلمين .

ـ فأما إذا كان الطريق ملكاً خاصاً ، له فساق فيه دابته ، أو سار بها وهو راكب ، أو في ملكه في الجملة : فما تولد من سيره فهو غير مضمون عليه ، إلا وطء الدابة ، لأنه تصرف في ملكه ، فلا يتقيد بشرط

السلامة ، لكن الوطء بمنزلة فعله ، لحصول الهلاك بثقله ، ومن تعدى على الغير في دار نفسه يضمن .

ـ ولو نفرت الدابة أو انفلتت منه : فما أصابت في فورها ذلك ، لا ضمان عليه ، وسواء كان الانفلات في ملك صاحبها او في الطريق ، أو في ملك الغير، لأنه لا صنع له فيه ، ولا يمكن الاحتراز عنه .

ـ وقد قالوا فيمن أرسل دابته : فما أصابت في فورها ضمن ، وإن مالت يمينا أو شمالا ، ثم أصابت فهو على وجهين : إن لم يكن لها طريق آخر : يجب الضمان على المرسل ، لأنها باقية على الإرسال ، وإن كان لها طريق آخر ، فانعراجها باختيارها يقطع حكم الإرسال ، فتصير كالمنفلتة .

ـ ولو حفر بئرا في طريق المسلمين ، أو أخرج جناحا ، أو نصب فيه ميزابا ، أو بنى دكانا ، أو وضع حجرا ، أو خشبة ، أو متاعاً ، أو صب ماء في الطريق ، أو قعد ليستريح ، أو لمرض أصابه فعثر بشيء من ذلك عابر ، فوقع فمات ، او وقع على غيره ، فقتله ، او على مال إنسان ، فهلك : فهو ضامن ، لأنه متعد ، لأن الطريق مأذون فيه للسير لا غير ، فما تولد منه ، يكون مضمونا .

ثم ما كان من الجناية ، على بني آدم فهو على العاقلة ، على ما ذكرنا ، وما كان على المال ، فهوعليه في ماله حالا .

ـ ولو كان الرجل سائرا على دابته ، أو واقفا عليها ، في ملكه أو في طريق العامة ـ فنخس دابته رجل ، فضربت بذنبها أو برجلها ، أو نفرت فصدمت إنسانا ، في فور النخسة : فالناخس ضامن ، دون الراكب ، إذا فعل ذلك بغير أمره ، لأنه متعد في النخس ، فما تولد منه مضمون عليه ، والراكب ليس بمتعد .

فأما إذا انقطع الفور ، فذاك مضاف إلى اختيار الدابة ، لا إلى الناخس .

وكذلك لو ضربها رجل ، بغير أمره .

ـ فأما إذا نخس بأمر الراكب ، أو ضرب ـ فنفحت برجلها إنسانا ، فقتلته : فإن كان الراكب يسير في الطريق أو كان واقفا في ملكه ، أو في موضع قد أذن فيه بالوقوف ، من هذه الأسواق ، ونحوها ، فلا ضمان في هذا : على راكب ، ولا سائق ، ولا ضارب ، ولا ناخس ، لأنه فعل ، بأمر الراكب ، فعلا يملكه الراكب ، فصار فعله كفعله ، ولو فعل الراكب لا يضمن ماأصابت الدابة بالرجل ـ فكذا هذا .

ـ ولو كان الراكب واقفا في بعض طرق المسلمين ، التي لم يؤذن بالوقوف فيها ، فأمر رجلا أن يضرب دابته ، فضربها ، فنفحت رجلا ، فقتلته ، فالدية عليهما نصفان ـ هكذا ذكر الكرخي .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ، في هذا ان الضمان على الراكب لا غير ، لأن ضربه له ، بأمر الراكب كضرب الراكب ولو فعل الراكب ، فتولد منه شيء ، برجلها ، يضمن فكذا هذا .

ووجه ما ذكر الكرخي أن كل واحد منهما متعد ، بطريق التسبيب ، فصارا شريكين .

ـ ولو كان الرجل يسير على دابته ، فأمر رجلا حتى ينخسها ، أو يضربها، فوطئت إنسانا ، فمات : فالضمان عليهما .

ـ وكذلك لو فعل ، بغير أمر الراكب ، فوطئت إنسانا ، فمات : فالضمان عليهما ، لأن الموت حصل بسبب فعل الناخس ، وثقل الراكب ، فيكون الضمان عليهما .

ـ ولو قاد الرجل قطارا ، فما أوطأه أوله ، أو أوسطه ، أو آخره : فهـو ضامن له .

ـ وكذلك إن صدم إنسانا ، فقتله ، لأن القائد مقرب للبهيمة إلى الجناية ، وهـذا مما يمكن الاحتراز عنه في الجملة بأن يذود الناس عن الطريق .

فإن كان معه سائق : فالضمان عليهما كيفما كان السائق : في وسط القطار ، أو في آخره ـ لأنه قد يكون سائقاً وقائداً ، وقد يكون سائقاً لا غير والأول قائد ، فهما مسببان في هذه الجناية .

ولو كان على القطار محامل فيها أناس ، نيام أو غير نيام : فإن كان منهم القَوْد والسوق : فهم شركاء السائق والقائد ، وعلى الركبان الكفارة لا غير .

فأما إذا لم يكن منهم فعل في القَوْد : فهم كالمتاع ، فلا شيء عليهم .

ـ ولو أن حائطا من دار إنسان مال إلى طريق نافذ أو إلى دار رجل ، فهذا على وجهين :

إن بنى الحائط مائلا إلى ملك غيره ، أو إلى الطريق ـ فهو ضامن لما عطب ، بسقوطه ، وإن لم يطالب بنقضه ، لأنه متعد بالبناء في هواء غيره ، وهواء طريق المسلمين حقهم أيضا ، فما تولد منه ، وهو ممكن الاحتراز عنه ، يؤاخذ به .

فأما إذا بنى في ملكه ، وحقه ، ثم مال البناء الى الطريق ، أو الى دار إنسان ، فلم يطالب بنقضه ، ولم يشهد عليه فيه ، حتى سقط على رجل فقتله ، أو على مال إنسان فأتلفه ـ فلا يضمن ، لأنه شغل هواء غيره ، ووقع في يده بغير صنعه ، وهو ميلان الجدار ، فيكون في يده أمان ،

كثوب ألقته الريح في يده ، فما تولد منه لا يؤخذ به ، و إن طولب بنقضه ، وأشهد عليه ، ثم سقط بعد ذلك في مدة أمكنه ، نقضه فيها ، فهو ضامن ، لأن بعد المطالبة يجب عليه التفريغ ، فإذا لم يفعل ، مع الإمكان ، صار متعديا - كما في الثوب الذي هبت به الريح : إذا طلبه صاحبه ، فامتنع عن الرد ، يجب الضمان عليه ، إذا هلك . أما إذا لم يفرط في نقضه ، وذهب حتى يستأجر من يهدمه ، فسقط فأفسد شيئا ، فلا شيء عليه ، لأنه يجب عليه إزالة يده بقدر الممكن .

والإشهاد أن يقول الرجل : « اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا » . والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم ، وإنما يحتاج إلى الإشهاد ليثبت به المطالبة ، عند الإنكار ، كما قلنا في الشفعة : إن المعتبر هو الطلب ، وإنما الإشهاد ليثبت الطلب بالشهادة ، عند الإنكار - حتى لو اعترف صاحب الدار أنه طولب بنقضه ، وجب عليه الضمان ، وإن لم يشهد عليه .

ثم إن كان الميلان إلى دار إنسان ، فالإشهاد الى صاحب الدار إن كان فيها ، أو لم يكن فيها ساكن ، وإن كان فيها سكان ، فالاشهاد إلى السكان . وإن كان الميلان إلى طريق العامة ، فالإشهاد إلى كل من له حق المرور فيه : المسلم والذمي فيه سواء .

ولكن أنما يصح الإشهاد على مالك الحائط أو الذي له ولاية النقض : مثل الأب والوصي . ولا يصح الإشهاد على المرتهن ، والمستأجر ، والمستعير ، والمودع - لأنه ليس لهم ولاية النقض ، فكان الإشهاد عليهم وعدمه : سواء .

ولو أشهد من له حق الإشهاد ، على صاحب الحائط المائل ، أو على من يصح عليه الإشهاد ، فطلب منه التأجيل أو الإبراء ، فأجل وأبرأ : فإن كان اميل إلى الدار صح ، لأنه أبطل حقه . فأما إذا كان الميل إلى

الطريق ، فأبرأ أو أجل الذي أشهد عليه ، ممن له حق المرور أو القاضي ، فإنه لا يصح ، لأن هذا حق العامة : فإبراء الواحد وتأجيله يصح في حقه لا في حق الناس .

ـ ولو باع صاحب الدار ، بعد الإشهاد فسقط الحائط بعدما قبضه المشتري أو بعدما ملكه ، في زمان لا يتمكن من نقضه ، فلا ضمان على البائع ، فيما هلك بسقوطه ، لأنه لا يملك النقض ، فسقط حكم الإشهاد ، وإن كان بعدالتفريط : لا يسقط الضمان .

باب
القسامة

يحتاج في هذا الباب إلى :
بيان مشروعية القسامة ،
وإلى تفسيرها ،
وإلى بيان من تجب عليه .

أما الأول :

فالقسامة مشروعة في القتيل الذي يوجد وبه علامة القتل ، من الجراح وغيرها ، ولم يعرف له قاتل - بالأحاديث ، وقضاء عمر رضي الله عنه ، وإجماع الصحابة في خلافة عمر بن عبد العزيز[1] رحمة الله عليه .

وأما تفسير القسامة ، وبيان من تجب عليه :

فهو ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمة الله عليهما أنه قال في القتيل يوجد في المحلة أو في دار رجل في المصر : إن كانت به جراحة ، أو أثر ضرب ، أو أثر خنق - فإن هذا قتيل ، وفيه القسامة على عاقلة رب الدار إذا وجد في الدار وعلى عاقلة أهل المحلة إذا وجد في المحلة : يقسم خمسون رجلا : كل رجل منهم بالله : « ما قتلته ، ولا علمت له قاتلا » -

(1) هو الخليفة الراشد . وأمه أم عاصم حفصة بنت عاصم بن عمر بن الخطاب . ولد بمصر سنة ٦١ هـ . (أو ٦٣) . وبويع بالخلافة حين مات ابن عمه سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ هـ . وتوفي سنة ١٠١ هـ . وعمره ٢٩ سنة ونصف سنة . وقد أجمعوا على جلالته وفضله ووفور علمه وصلاحه وزهده وورعه وعدله .

ثم يغرمون الدية في ثلاث سنين ، على أهل الديوان : في كل سنة الثلث ، مقدار ما يصيب كل واحد منهم ثلاثة دراهم أو أربعة في ثلاث سنين ، فإن زاد ضموا إليهم أقربهم منهم من القبائل نسبا ، لا جوارا ، فإن نقصوا عن خمسين كررت عليهم الأيمان .

ثم لا يدخل في القسامة إلا العاقل البالغ الحر ، فأما المرأة : فهل تدخل ؟ ذكر الطحاوي أنه لا يدخل في القسامة إلا رجل عاقل بالغ حر .

وذكر محمد عن أبي حنيفة في القتيل يوجد في قرية امرأة لا يكون بها غيرها ، وليس لها عاقلة قريبة ـ قال : تستحلف ، ويكرر عليها الأيمان ، وعلى عاقلتها التي هي أقرب القبائل إليها في النسب .

وقال أبو يوسف : ينظر إلى أقرب القبائل إليها ، وتكون القسامة عليهم ، ولا قسامة على المرأة ، لأنها ليست من أهل النصرة ، كالصبي والمجنون والعبد .

وهما يقولان : إن المرأة من أهل الاستحلاف في الحقوق ، ومن أهل المشاركة في الدية : فإنها إذا قتلت رجلا ، خطأ، تشارك العاقلة في الدية .

ويدخل في القسامة : الأعمى ، والمحدود في القذف ، والذمي ـ لأنهم من أهل الاستحلاف والنصرة .

ويكون الاختيار في رجال القسامة إلى أولياء القتيل ، لأن ذلك حقهم ، ولهم في الاختيار فائدة .

هذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا رحمهم الله .

وقال مالك والشافعي رحمهما الله : إذا كان هناك لَوْث ، أي علامة القتل من واحد بعينه ، أو بينهما عداوة ظاهرة : فإنه يستحلف الأولياء خمسين يمينا .

ثم يقتص من المدعى عليه عند مالك .

وعند الشافعي : يقضي لهم على المدعى عليه بالدية .

ولكن هذاخلاف الأحاديث المشهورة وإجماع الصحابة .

ثم إذا وجد القتيل في دار رجل ، فالقسامة على رب الدار ، وعلى جيرانه إن كانوا عاقلته ، وإن لم يكونوا : فعلى عاقلته من أهل المصر، وعليهم الدية ـ كذا ذكر محمد في « الأصل » ، ولم يذكر إذا كانت العاقلة غُيَّباً .

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن القسامة عليه وعلى عاقلته ، غيبا كانوا أو حضورا .

وعلى قول أبي يوسف : لا قسامة على العاقلة .

وذكر الكرخي : إن كانت العاقلة حاضرة في المصر ، دخلوا في القسامة ، وإن كانت غائبة ، فالقسامة على صاحب الدار : يكرر عليه الإيمان ، والدية عليه وعلى العاقلة .

ثم القسامة والدية على الاقرب فالأقرب من عاقلة من وجد فيهم القتيل : فرب الدار وقومه أخص ثم أهل المحلة ، ثم أهل المصر . وكذلك القبائل : الأقرب فالأقرب ، وإن كانت المحلة فيها من قبائل شتى ، فإن الدية والقسامة على أهل الخطة ، وليس على المشتري شيء عند أبي حنيفة ومحمد : لا قسامة ولا دية ، ما بقي واحد من أهل الخطة . وعلى قول أبي يوسف : على أهل الخطة والمشترين جميعا . وقيل : إنما أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة : فإن أهل الخطة هم الذين يدبرون أمر المحلة ، وأبو يوسف بنى على عادة أهل زمانه : أن التدبير إلى الأشراف ، من أهل الخطة كانوا أولا . وأما إذا لم يكن في المحلة أحد ، من أهل الخطة، وفيها ملاك وسكان : فعند أبي حنيفة ومحمد : على

الملاك ، دون السكان .

وقال أبو يوسف : عليهم جميعا .

ولو وجد القتيل في السوق : فعند أبي حنيفة ومحمد : على أربابها . وعند أبي يوسف : على سكانها . وإن كانت السوق للعامة أو للسلطان : فالدية في بيت المال .

ولو وجد في المسجد الجامع ، أو الجسور العامة ، أو النهر العام كدجلة والفرات ، فالدية في بيت المال ، ولا قسامة على احد .

فأما في النهر الخاص ، الذي يقضى فيه بالشفعة للشريك : فعلى عاقلة أرباب النهر .

ولو وجد في السجن ، ولا يعرف من قتله : فعند أبي حنيفة ومحمد : على بيت المال ، وعند أبي يوسف : تجب القسامة ، والدية ، على أهل السجن .

وإن وجد في السفينة : فالدية والقسامة على من في السفينة ، من ركبها ، أو يمدها ، من المالك وغيره ـ بخلاف الدار ، لأنها مما ينقل من موضع إلى موضع ، فيعتبر فيه اليد دون الملك .

وكذلك العجلة أو الدابة : إذا وجد عليها قتيل ومعها رجل يحملها وهو قائد ، أو سائق ، أو راكب ـ فإنه يكون القسامة عليه .

وإن اجتمع رجال : بعضهم قائد ، وبعضهم سائق . وبعضهم راكب ـ فيكون عليهم ، لأنه في أيديهم ، فصار كوجوده في دراهم .

وإن وجد في فلاة من الارض ينظر : إن كانت ملكا لإنسان : فالقسامة ، والدية ، على المالك ، وعلى قبيلته . وإن كان ذلك الموضع لا مالك له ، وكان موضعا يسمع فيه الصوت ، من مصر من الأمصار او

قرية من القرى فعليهم ، وإن كان لا يسمع فيه الصوت ، وليس بملك لأحد ـ فهو هدر ، لأنه لا يد لأحد عليه .

وكذلك في الدجلة والفرات ـ أراد في حق القسامة ، فأما الدية ففي بيت المال إذا ظهر أولياؤه .

فأما إذا وجد على شط نهر عظيم ، مثل دجلة والفرات ، فعلى أقرب القرى ، من ذلك الموضع ، من حيث يسمع الصوت ، القسامة والدية .

ولو وجد القتيل في عسكر في الفلاة : فإن كانت ملكا ، فعلى أرباب الفلاة ، وإن لم يكن لها مالك : فإن وجد في خباء أو فسطاط ، فعلى من يسكن الخباء والفسطاط ، وعلى عواقلهم ، وإن وجد خارجاً من الفسطاط والخباء ، فعلى أقرب الأخبية والفساطيط .

وإن كان العسكر لقوا قتالا فقاتلوا ، فلا قسامة ، ولا دية ، في قتيل وجد بين أظهرهم ، لأن الظاهر أنه قتيل العدو .

ولو وجد قتيل في دار نفسه ، فديته على ورثته ، وعلى عاقلتهم ، وتكون ميراثا لهم لو فضل من ديته عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وعندهما : لا شيء فيه ، وهو هدر ـ وبه أخذ زفر . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة ، مثله ـ لأن وجود القتيل في الدار ، بمنزلة مباشرة القتل من صاحبها ، فإذا وجد القتيل في دار نفسه ، فيصير كأنه قتل نفسه ، وأبو حنيفة يقول : إن المعتبر ، في القسامة والدية ، حال ظهور القتيل ، بدليل أن مات قبل ذلك ، لا يدخل في الدية ، وحال ظهور القتيل ، الدار للورثة ، فيكون عليهم وعلى عاقلتهم ، كمن وجد قتيلا في دار ابنه ، أو بئر حفرها ابنه : أليس أن القسامة والدية على ابنه وعواقله ؟ ـ كذا هذا .

ثم يثبت الميراث له ، بعدما صار للمقتول ، حتى يقضى دينه ، فما فضل يكون للورثة ، بسبب القرابة ـ والله أعلم .

هـذا الذي ذكـرنا إذا لم يـدع الأوليـاء عـلى رجـل بعينـه ، من أهـل المحلة .

فأما إذا ادعوا على رجـل بعينه : فـالقسامـة ، والديـة ، بحالهـا ـ في جواب ظاهر الرواية .

وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة ومحمد : أنه يسقط .
وقال أبو يوسف : القياس انه يسقط ، وفي الاستحسان أنه لا يسقط ، للأثر .

وجه ظاهـر الروايـة أن الظاهـر أن القاتـل أحد أهـل المحلة ، والولي يدعي ، إلا أنه عين ، وهو متهم في التعيين ، فلا يعتبر .

فأما إذا ادعى الولي القتل على رجل من غيرهم فيكون إبـراء لهم عن القسامة ، والدية ـ لأنه نفى القتل عنهم ، بدعواه على غيرهم .

ولو شهد اثنـان ، من أهل المحلة ، للولي ، بهـذه الدعـوى : لم تقبل شهادتها ، في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : تقبل ـ وانما قال أبو حنيفـة هذا لأن أهـل المحلة صاروا خصـما في هذه الـدعوى ، فـلا تقبـل شهادتهم ، وإن خرجوا عن الخصومة ، بالإبراء ، كالوكيل إذا خـاصم ثم عزل فشهد : لا تقبل شهادته ـ كذا هذا .

وكذا لو ادعى الأوليـاء القتل ، عـلى واحد من أهـل المحلة ، بعينه ، فهشد شاهدان من أهل المحلة عليه : لم تقبل شهـادتها ، بـالاتفاق ، لأن الخصومة قائمة عليهم ، بعـد هذا الـدعوى ، عـلى ما بينـا ، فتكون هـذه شهادة لأنفسهم ، فلا تقبل .

كتاب
الحدود

جمع في هذا الكتاب بين حد الزنا وحد القذف ، وبين التعزير - فيحتاج إلى :

بيان سبب وجوب كل واحد منها ،
وإلى بيان شرائط الوجوب .

وإلى بيان كيفية الحد ، ومقداره .

أما حد الزنا

فنوعان : الرجم ، والجلد مائة .

وسبب وجوبهما جميعا هو الزنا ، إلا أن لوجوب الرجم شرائط : إذا وجد الكل يجب ، وإلا فيجب الجلد .

ولو أسقط الجلد للشبهة ، يجب العُقْر ، إذ الزنا ، في دار الإسلام ، لا يخلو عن عقوبة ، أو غرامة .

فنذكر :

الزنا الموجب للحد ،
وشرائط وجوب الرجم ،
وطريق ثبوته عند القاضي .

أما الزنا :

فهو : الوطء ، الحرام ، الخالي عن حقيقة الملك ، وحقيقة النكاح ، وعن شبهة الملك ، وعن شبهة النكاح ، وعن شبهة الاشتباه أيضا .

أما الوطء ففعل معلوم ، وهو إيلاج فرج الرجل في فرج المرأة .

وإنما شرطنا كونه **حراما** فإن وطء المجنون ووطء الصبي العاقل ، لا يكون زنا ، لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة .

وكذلك الوطء **في الملك والنكاح** ، وإن كان حراما ، لا يكون زنا ، كوطء الحائض ، والنفساء ، ووطء الجارية المجوسية ، والأخت من الرضاع ، والجارية المشتركة ، ونحوه .

وقوله الخالي عن شبهة الملك ، فإن وطىء جارية ابنه ، وجارية مكاتبه ، وجارية عبده المأذون المديون ، والجارية من المغنم في دار الحرب ، أو بعد الإحراز قبل القسمة ، فليس بزنا ، فإن شبهة الملك ، وهو الملك من وجه ، ثابت في هذه المواضع ، حتى لا يجب الحد ، وإن قال : « علمت أنها علي حرام » .

وقولنا عن شبهة العقد : فإن وطء امرأة تزوجها بغير شهود ، أو أمة تزوجت بغير إذن مولاها ، أو عبد تزوج بغير إذن مولاه ـ لا يكون زنا .

وكذا من تزوج أمة على حرة ، أو تزوج مجوسية ، أو خمسا في عقد أو جمع بين أختين ، أو تزوج من محارمه ـ فوطئها ، وقال : « علمت أنها علي حرام » : لاحد عليه عند أبي حنيفة ، وعندهما : يجب الحد في كل وطء ، حرام على التأبيد ، فوجود التزوج فيه لا يوجب شبهة ، وما ليس بحرام على التأبيد ، **فالعقد** يوجب شبهة ، كالنكاح بغير شهود ونحوه ـ والمسألة معروفة .

وأما شبهة الاشتباه ـ وهي أنه إذا وطىء فقال « ظننت أنها تحل لي » ـ

لا يجب الحد . وإذا قال « علمت أنها علي حرام » - فإنه يحد .

وجملة هذا أن دعوى الاشتباه معتبرة في سبعة مواضع : جارية الأب ، وجارية الأم ، وجارية الزوجة ، والمطلقة ثلاثا ما دامت في العدة ، وأم الولد ما دامت تعتد منه ، والعبد إذا وطيء جارية مولاه ، والجارية المرهونة في رواية كتاب الرهن . وفي أربعة مواضع لا يحد ، وإن قال « علمت أنها علي حرام » : جارية الابن وإن سفل ، والجارية المبيعة إذا وطئها البائع قبل القبض ، والجارية المتزوج عليها إذا كانت في يد الزوج والمطلقة طلاقا بائنا ، والجارية بين الشريكين .

وفيما سوى ما ذكرنا يجب الحد ، ولا يعتبر شبهة الاشتباه .

ومن وجد على فراشه ، أوفي بيته ، امرأة ، فوطئها ، وقال « ظننت أنها جاريتي » أو « امرأتي » - يحد لأنه لا يحل له الوطء مع الاشتباه .

فأما الاعمى إذا وجد على فراشه امرأة ، فوطئها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال زفر : لا يجب عليه الحد ، كما في المرأة المزفوفة الى بيت زوجها . وقال محمد : إذا دعا الزوج الأعمى امرأته ، فأجابته امرأة فقالت « أنا فلانة امرأتك » - فوطئها ، لا حد عليه ، فأما إذا اجابته ولم تقل « أنا فلانة » - يجب الحد ، لأنه في وسعه ان يتحفظ اكثر من هذا ، فلا يصير شبهة ، فيجب الحد .

وأما شرائط وجوب الرجم :

فأن يكونا محصنين .

والإحصان عندنا عبارة عن استجماع سبعة اشياء : البلوغ ، والعقل ، والإسلام ، والحرية ، والنكاح الصحيح، والدخول على وجه يوجب الغسل ، من غير إنزال ، وهما على صفة الإحصان .

وروي عن أبي يوسف ان الإسلام ليس بشرط ـ وهو قول الشافعي .

وكذا روي عنه : أنه لا يعتبر الدخول بها وهما على صفة الإحصان ـ حتى قال : ان المسلم إذا وطىء الكافرة صار بها محصنا .

وإذا وجد الوطء قبل الحرية ، ثم أعتقا صارا محصنين بالوطء المتقدم ـ والمسألة معروفة .

فإذا فات شرط من شرائط الإحصان ، يجب الجلد لا الرجم ، لقوله تعالى :﴿ فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾[1].

ولا يجمع بين الجلد والرجم ، بالاتفاق .

واختلفوا في الجمع بين الجلد والتغريب : فقال أصحابنا رحمهم الله : لا يجمع . وقال الشافعي : يجمع ـ والمسألة معروفة .

فأما طريق ثبوته عند القاضي :

فشيئان : البينة ، والإقرار .

أما مشاهدة القاضي الزنا ، في حالة القضاء أو قبل القضاء ، فلا يعتبر في حق الحدود ، بالإجماع ، وإن كان بين العلماء اختلاف في غيرهما من الأحكام .

أما البينة ـ فشهادة أربعة رجال ، عدول ، أحرار ، مسلمين ، على الزنا . ولا تقبل فيها شهادة النساء ، مع الرجال ، بلا خلاف .

وأما الإحصان : فيثبت بشهادة الرجال مع النساء ، عندنا ـ خلافا لزفر .

وأما الإقرار ـ فهو أن يقر المقر ، أربع مرات ، بالزنا ، عند الإمام ، في أربعة مواطن ، عندنا ـ خلافا للشافعي .

---

(١) النور : ٢ .

وينبغي للإمام ، إذا جاء الرجل وأقر بالزنا ، أن يزجره عن الإقرار ، ويظهر الكراهية من ذلك ، ويأمر بتنحيته عن المجلس ـ فإن عاد ثانيا ، فعل به مثل ذلك. وإن عاد ثالثا ، فعل به مثل ذلك .

فإذا أقر ، أربع مرات ، نظر في حاله : هل هو صحيح العقل ، وأنه ممن يجوز إقراره على نفسه؟ فإذا عرف ذلك ، سأله عن الزنا : ما هو ؟ وكيف زنى ؟ وبمن زنى ، ومتى زنى ؟ وأين زنى ؟ لاحتيال الشبهة في ذلك .

فإذا بين ذلك ، سأله : هل هو محصن ؟ فإن قال : هو محصن ، سأله عن الإحصان : ما هو ؟ فإن فسره ، ووصفه بشرائطه : حكم عليه بالرجم ، وأمر بإقامته عليه .

ويعتبر اختلاف مجلس المقر ، لا اختلاف مجلس القاضي ، حتى إن القاضي إذا كان في مجلسه ، فأقر الزاني اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر ، يقام عليه الحد ، سواء تقادم العهد أو لا .

وإنما يعتبر التقادم مانعا في الشهادة : إذا شهدوا بعد تقادم العهد : لا تقبل ـ لأجل التهمة ، ولا تهمة في الإقرار .

ولو أقر ، بالزنا ، عند غير الإمام أو عند من ليس له ولاية إقامة الحد ، أربع مرات ـ فإنه لا يعتبر حتى إنه لو شهد الشهود ، على إقراره ، أربع مرات ، في مجالس مختلفة في حضرة من ليس له ولاية إقامة الحد ـ فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة ، لأن الزاني ، إن كان منكرا ، فقد رجع عن الإقرار ، وإن كان مقرا ، فلا عبرة لشهادة مع الإقرار .

ولو أنه إذا أقر أربع مرات ، عند القاضي ، ثم رجع ، بعد الحكم بالرجم ، أو قبله ، أو رجع ، بعدما رجم ، قبل الموت إن كان محصنا ، أو بعد ما ضرب بعض الجلد إذا لم يكن محصنا ، أو هرب ، فإنه يدرأ

الحد عنه ، لأن النبي عليه السلام لقن ماعزا[1] الرجوع حين أقر بين يديه بالزنا : « لعلك مسستها ! لعلك قبلتها ! » فلو لم يصح الرجوع ، لم يكن لهذا التلقين فائدة .

ثم إذا ثبت وجوب الرجم ، بالشهادة ، فالقاضي يأمر الشهود أولا بالرجم ، فإذا رجموا ، رجم الإمام بعدهم ، ثم الناس .

وقال الشافعي : البِداءة بالشهود ليس بشرط .

فإن امتنع الشهود أو بعضهم عن الرجم سقط الرجم في قول أبي حنيفة ومحمد ، وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، لأن امتناعهم عن الرجم أورث شبهة الكذب في شهادتهم .

وفي الجلد لا يؤمر الشهود به ، لأن كل واحد لا يعرف الجلد على وجهه .

ولو جن الشهود أوخرسوا ، أو عموا ، أو ارتدوا ، أو ماتوا ـ سقط الحد ، لما قلنا .

ثم ينصب الرجل قائما ، ولا يربط بشيء ، ولا يحفر له حفيرة . لأنه ربما يفر ، فيكون دلالة الرجوع . وفي المرأة يحفر لها حفيرة ، للستر ، وفي رواية : لا بأس بترك الحفر .

فأما في الجلد فإنه يقام الرجل ، وتضرب المرأة قاعدة ، وينزع عن الرجل ثيابه ، إلا الإزار في الزاني ، وفي التعزيز ولا ينزع في القاذف إلا الفرو ، والحشو ، وفي الشارب روايتان ، وأشهرهما أنه يجرد .

---

(١) هو ماعز بن مالك الأسلمي الصحابي المعترف بالزنا المرجوم ، وهو معدود في المدنيين . وكتب له رسول الله ﷺ كتاباً بإسلام قومه . وروى عنه ابنه عبد الله حديثاً واحداً رحمه الله .

فالحاصل أن أشد الضرب هو التعزير ، ثم الجلد في الزنا ، ثم في الشرب ، ثم في القذف .

وفي المرأة لا ينزع الثياب ، إلا الفرو والحشو ، لأن كشف العورة حرام ، والزجر واجب .

ويضرب الحد في الأعضاء كلها متفرقا إلا في العضو الذي هو مقتل ، وهو الرأس والوجه والصدر والبطن ، والمذاكير - وهذا في حق الصحيح .

فأما المريض فلا يجلد حتى يبرأ ، وكذا الحامل حتى تضع حملها وتخرج عن النفاس ، لأن النفاس مرض ، بخلاف الحيض .

فأما الرجم فيقام في الأحوال كلها ، إلا في الحامل ، لأنه لا جناية من الحمل .

ولا تقام الحدود في المسجد ، وإنما تقام في موضع يشاهده الإمام ، أو يبعث امينه حتى يقام بين يديه .

وإذا مات المرجوم ، يدفع إلى أهله حتى يغسلوه ، ويكفنوه ، ويصلوا عليه - هكذا قال النبي عليه السلام في ماعز : « اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم » .

وأما حد القذف

فيحتاج الى :

بيان كيفيته ، وبيان مقداره ،

وإلى تفسير القذف الموجب للحد ،

وإلى بيان شرائطه .

وإلى بيان أحكامه .

أما الأول :

فحد القذف مقدر بثمانين سوطا ، لقوله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ . (١)

وأما تفسير القذف :

فهو نوعان :

أحدهما ـ أن أن يقذفه بصريح الزنا ، الخالي عن شبهة الزنا الذي لو أقام عليه أربعة من الشهود أو أقربه المقذوف ـ يجب عليه حد الزنا ، فإذا عجز القاذف عن إثباته بالحجة ، فينعقد سببا لوجوب حد القذف .

والثاني ـ أن ينفي نسب إنسان ، من أبيه المعروف، فيقول « لستَ بابن فلان » أو « هو ليس بأبيك » فهو قاذف لأمه ، كأنه قال : « أمك زانية » أو « زنت امك » .

ولو قال: « يا ابن الزاني » أو « يا ابن الزانية » ـ يكون قاذفا .

ولو قال : « لست لأمك » لا يكون قذفا .

ولو قال « أنت ابن فلان » لعمه ، أو خاله أو لزوج امه ، في غير حال الغضب ـ لا يكون قذفا ، لأنه ينسب إليه في العرف . وإن كان في حال الغضب ، على سبيل الشتم ، يكون قذفا .

ولو قال لرجل : « يا زانية » ـ لا يجب الحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافا لمحمد .

ولو قال لامرأته : « يا زاني » ، يحد ، بالإجماع .

ولو قال « يا زانئ » بالهمزة ، وعنى به الصعود ـ يحد لأن العامة لا

---

(١) النور : ٤

تعرف هذا .

ولو قال « زنأت في الجبل » وعنى به الصعود: فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : يحد ، لما قلنا ـ خلافا لمحمد .

ولو قال : « زنأت على الجبل » ـ يحد ، بالإجماع ، لأنه لا يستعمل لفظه على الصعود .

وأما الشرائط :

فشروط وجوب الحد أن يكون المقذوف محصناً .

وشرائط إحصان حد القذف خمسة : العقل ، والبلوغ ، والحرية ، والإسلام ، والعفة عن الزنا .

وأما شرط ظهور حد القذف عند القاضي ، بالبينة أو بالإقرار ـ فهو خصومة المقذوف ، ومطالبته وحضرته عند الإقامة ، لأن فيه حق العبد ، وحق العبد لا يثبت إلا بمطالبته وخصومته .

ثم حق الخصومة والطلب ، للمقذوف ، إذا كان حيا ، سواء كان حاضرا أو غائبا ، وليس لأحد حق الخصومة إلا بإنابته عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : لا تصح وكالة في حد ولا قصاص .

وأجمعوا أنه لا يصح الوكالة في استيفاء الحدود والقصاص ، وعنوا بهذا انه لا بد من حضرة المقذوف ، وحضرة ولي القصاص ـ للاستيفاء . فأما إذا حضر : ففي حد القذف : الاستيفاء إلى الإمام ، وفي القصاص : إلى الولي . لكن إذا وكل إنسانا بالاستيفاء ، بين يديه ، لعجزه وضعف قلبه ـ جاز ، بالإجماع .

ولو أنه طلب المقذوف الحد ، وخاصم بين يدي القاضي ، وحكم القاضي به ، ثم مات ، أو مات قبل أن يطالب ، أو مات بعدما ضرب

بعض الحد ـ بطل الحد وبطل ما بقي ، وإن كان سوطا واحدا ، ولا تبطل شهادة المقذوف ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : يقوم الوارث مقامه ، في الخصومة ، والحضرة .

فالحاصل أن المغلب في حد القذف حق الله تعالى عندنا . وعنده : المغلب حق العبد ـ فلا يورث عندنا ، خلافا له .

وعلى هذا : لا يصح الصلح ، والعفو من المقذوف ، عندنا ـ خلافا له ، والمسألة معروفة .

هذا إذا قذفه في حال الحياة ، فأما إذا قذفه بعد الموت ، بالزنا ، فإن حق الخصومة فيه للوالد وإن علا ، وللولد وإن سفل ، ولاحق للأخ ، والعم والمولى ـ وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف حتى يدخل فيه أولاد البنات عندهما ، وعند محمد : لا يدخل إلا من يرث بالعصوبة .

وأما بيان الأحكام ـ فنقول :

اذا رفع المقذوف الأمر الى القاضي ، والقذف صحيح ، فلا يخلو : إما أن ينكر القاذف ، أو يقر .

فإن أنكر وطلب المقذوف من القاضي أن يؤجله حتى يقيم البينة ، وادعى أن له بينة ، حاضرة في المصر ـ فإنه يؤجله إلى أن يقوم من المجلس ، ويحبس المدعى عليه القذف ، فإن أقامها ، إلى آخر المجلس ، وإلا خلى سبيله ، ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه ـ وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : يأخذ منه كفيلا بنفسه ، حتى يحضر الشهود ، ولا يحبسه . وعن محمد أنه قال : أكفله ، ثلاثة أيام ، ولا أحبسه : فإن أقام شاهدا ، واحدا ، عدلا ، فإنه يحبس حتى يحضر الشاهد الآخر ، وإن أقام شاهدا غير عدل ، فإنه يؤجله إلى آخر المجلس .

وإن قال المقذوف « بينتي خارج المصر » أو « غائبون » : فـإن القاضي يخلي سبيل القاذف ، على ما ذكرنا .

وإن أقام رجلاً وامرأتين : أو الشهادة على الشهادة ، أو كتاب القاضي في إثبات القذف ـ فلا يقبل ، لأن الذكورة شرط في الحد .

ولو أقام القاذف رجلا وامرأتين ، على أن المقذوف صدقه في قذفه له ، يقبل ، لأنها قامت على درء الحد .

وإن طلب المقـذوف من القـاضي ، أن يستحلف القـاذف ـ فـإنـه لا يحلفه عندنا ، خلافا للشافعي ، بناء على أن حد القذف حق العباد عنده .

فـإذا أقام البينـة على القـذف ، أو أقر القـاذف ـ فإن القـاضي يقـول للقاذف « أقم البينة على صحة قولك » .

فإن أقام أربعة من الشهود ، على معاينة الزنا ، أو على إقراره بالزنا ، على الوجـه الذي ذكـرنا ـ يقيم حـد الزنـا ، على المقـذوف ، ولا يقيم حد القذف على القاذف ، لأنه ظهر أنه صادق في مقالته .

فإن عجز عن إقامة البينة للحال ، وقال للقاضي « أجلني حتى أحضـر البينة ، ولي بينة في المصر » فإنه يؤجله إلى قيام المجلس : فـإن أقام البينـة إلى آخر المجلس ، وإلا أقام عليه حد القذف، ولا يأخذ منه كفيـلا ، حتى يـذهب ، فيـطلب شهـوده ، ولكن يحبسـه ، ويقـول لـه « ابعث إلى شهودك » . وعلى قول أبي يوسف : يؤجل إلى المجلس الثاني .

وعن محمد أنه قال : إن لم يجد أحـدا يبعثه إلى الشهـود ، أتركـه حتى يـذهب ويحضر الشهـود ، وأبعث معه شُرَطا حتى يحفـظوه ولا أدعـه حتى يفر : فإن عجز ، أقيم عليه الحد .

فـإن ضرب بعض الحـد ، فحضـر الشهـود ، وشهـدوا ـ بـطل الحـد

الباقي ، وأقبل شهادتهم .

وإن شهدوا بعد إقامة الحد ، على صدق مقالته ـ تقبل شهادتهم ، ويظهر في حق الشهادة حتى لا يرد شهادته بعد ذلك .

وأما التعزير

فيجب في جناية ليست بموجبة للحد ، بأن قال « يا كافر » أو « يا فاسق » أو « يا فاجر » ونحو ذلك .

ويكون التعزير على قدر الجناية ، وعلى قدر مراتب الجاني : قد يكون بالتغليظ في القول ، وقد يكون بالحبس ، تقد يكون بالضرب .

وأقل التعزير ثلاثة أسواط فصاعداً، ولا يبلغ أربعين ، بل ينقص منه سوط ـ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : في العبد ينقص من أربعين خمسة أسواط ، وفي الحر لا يبلغ ثمانين ، وينقص منه خمسة أسواط .

وأصله قوله عليه السلام : « من بلغ حدا ، في غير حد ـ فهو من المعتدين » .

ولا يؤخذ فيه الكفالة .

ولا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بالشهادة على الشهادة .

وعند محمد : يؤخذ فيه الكفيل ، وتقبل فيه الشهادة على الشهادة ، وشهادة النساء مع الرجال ـ وروي عنه أنها تقبل في حق الحبس أياما ثم يخرج ، ولا تقبل في حق الضرب .

كتاب
السرقة

قال رحمه الله :

جمع في الكتاب بين السرقة ، وقطع الطريق ، وتفسير البغاة ، وأحكامهم .

أما الأول ـ فنقول :

يحتاج إلى :
تفسير السرقة ، الموجبة للقطع ، في الشرع ،
وإلى بيان حكمها .

أما الأول :

فهو أخذ مال الغير ، على سبيل الخفية ، مع شرائطها :

منها ـ أن يكون السارق عاقلا ، بالغا .

ومنها ـ أن يكون المسروق مالا ، متقوما ـ حتى لو سرق الخمر ، والخنزير ، وجلد الميتة : فإنه لا قطع عليه .

ولو سرق حرا ، صغيرا ، فمات في يده ، أو مرض ـ فلا شيء عليه ولو اصابته آفة : من الوقوع في البئر أو افتراس السبع ـ يضمن ، لأنه تضييع له .

ومنها ـ أن يكون المال المسروق مقدرا ، عندنا ، بعشرة دراهم .

وعند مالك بثلاثين درهما . وعند الشافعي بربع دينار .

وتكلم العلماء في صفة الدراهم العشرة :

ذكر أبو الحسن الكرخي أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة . وكذا روي عن أبي يوسف ومحمد : أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبرا ، ما لم تكن مضروبة .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا سرق عشرة مما يروج بين الناس : قطع - فهذا يدل على أن التبر إذا كان رائجا ، يقطع فيه .

ويجب أن يكون وزن الدراهم العشرة وزن سبعة مثاقيل ، كما في نصاب الزكاة .

ويجب أن يكون قيمة المسروق عشرة ، من وقت السرقة ، إلى وقت القطع ، ولا ينتقص من حيث السعر .

وروي عن محمد أنه لا يعتبر نقصان السعر ، بعد الأخذ .

ولو سرق في بلد ، وأخذ في بلد أخرى ، لا يقطع ، ما لم تكن القيمة ، في البلدين ، عشرة .

فأما نقصان القيمة ، بانتقاص العين بعد الأخذ ، فلا عبرة به ، فيقطع ، لأنه لو هلك كله لقطع ، فكذا إذا انتقص .

وهذا الذي ذكرنا شرط في سرقة عشرة من حرز واحد : فإن أخذ عشرة ، من حرز واحد ، يقطع سواء كانت العشرة لواحد أو لجماعة ، لأنها سرقة واحدة ، من حرز واحد .

ولو أخرج عشرة لرجل : بعضها من دار ، وبعضها من دار أخرى - لا يجب القطع ، لأنه سرقتان بلا نصاب .

ولو أخرج من دار واحدة ، عشرة : مرة خمسة ، ومرة خمسة : لا

يقطع ما لم يوجد إخراج العشرة جملة : مرة واحدة .

ولو حمل اللصوص جملة متاعا من الحرز ، دفعة واحدة : فإن بلغ قيمة المتاع مقدار ما تكون حصة كل واحد منهم نصابا كاملا ، يجب القطع ، وإلا فلا .

ومنها ـ أن يكون المال المسروق ، محفوظا ، محرزا على الكمال . وإنما يكون محرزا بأحد أمرين : إما أن يكون في مكان معد للإحراز ، عادة ، كالدور ، والبيوت ، والحوانيت ، والصناديق . وإما أن يكون محرزا بالحافظ .

وفي القسم الأول ـ يكون المكان حرزا ، بنفسه سواء كان ثمة حافظ أو لا ، وذلك أن يكون في الأمصار ، والقرى والخيام ، والأخبية ، في المفاوز ، مع جماعة ممتنعة ، إلا إذا كان الباب مفتوحا ، في الليل والنهار ، وليس ثمة حافظ ، فهذا لا يكون حرزا في العادة .

وأما القسم الثاني ـ فأن لا يكون المكان حرزا بنفسه ، وإنما يكون حرزا بالحافظ ـ وذلك نحو قارعة الطريق ، والمفازة ، والمساجد ـ فإن كان ثمة حافظ قريب من المال ، يكون حرزا ، سواء كان نائما أو يقظانا .

ولو كان العِدْل والجوالق على الدابة في حال السير ، فسرق رجل من العدل ـ يقطع . ولو سرق والعِدْل نفسه ، والجوالق : لا يقطع ، لأن هذا غير محفوظ بالسائق .

ولو دخل السارق الحرز ، وأخذ منه متاعا ، فقبل أن يخرجه ، علم به صاحب الحرز ، فأخذه ـ لا يقطع ، لأنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز .

ولو أخذه السارق ورمى به إلى خارج الحرز ، فأخذه صاحبه ، ثم إن صاحب الحرز أخذ السارق من الحرز ـ لا يقطع ، لأنه لم تثبت يده عليه ،

عند الخروج ، لثبوت يد غيره .

ولو رماه من الحرز ، ثم خرج ، وأخذه : يجب القطع عندنا ، خلافا لزفر ، لأن هذا في حكم يده ، إذا لم يأخذه غيره .

ولو أخذ المتاع من الحرز ، وناول صاحبا له خارج الحرز : فلا قطع عليهما عند أبي حنيفة ، كيفما كان ، وقال محمد : إن أخرج الداخل يده من الحرز ، ونال الخارج : يقطع الداخل ، دون الخارج ، وإن أدخل الخارج يده في الحرز وأخذ : فلا قطع عليهما .

وقال أبو يوسف إذا أخرج الداخل يده : لا قطع عليه ، فأما الخارج إذا أدخل يده وأخذ منه : يجب القطع عليهما ـ لأن عنده دخول الحرز ليس بشرط ، إذا امكن السارق أخذ المال المحرز .

وعلى هذا : إن السارق إذا نقب الجدار وأدخل يده ، وأخذ متاعا يساوي عشرة دراهم : لا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : يقطع .

وكذا لو دخل الحرز ، وجمع المتع عند النقب ، ثم خرج وأدخل يده ، وأخرج ـ فهو على هذا الخلاف .

وكذا لو دخلوا الحرز ، وحملوا الأمتعة على ظهر رجل منهم ، أو رجلين حتى أخرجا الأمتعة ، وخرج الباقون من غير حمل شيء : القياس أن لا يقطع غير الحامل ، وفي الاستحسان : يقطعون ، لأن السرقة من الجماعة هكذا تكون عادة .

وكذا لو حملوا على دابة ، حتى خرجت بها من الحرز ـ يجب القطع .

وإن كان معهم صبي أو مجنون : لا قطع على الكل عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إن باشرا الإخراج دون الكبار العاقلين : لا

قطع على الكل، وإن باشر الإخراج غيرهما : يجب القطع على الكبار .

ومنها - أن يكون المسروق أعيانا ، قابلة للادخار ، والإمساك ولا يتسارع إليها الفساد - حتى لو سرق ثمارا مجدودة ، محرزة في حظيرة عليها باب مغلق ، أو كان ثمة حافظ ، ولكن يتسارع اليها الفساد ، نحو العنب والتين ، والسفرجل ، والرطب والبقول : لا يقطع .

ولو كانت مما يبقى ، مثل الجوز ، واللوز ، والتمر اليابس ، والفواكه اليابسة : يجب القطع .

ولو كانت الثمرة الباقية على الشجر ، والحنطة في السنبلة لم تحصد - في حائط موثق ، أو ثمة حافظ : لا يجب القطع ، لأنه لم تستحكم ماليته بعد .

وعلى هذا - لو سرق اللحم الطري : أو اليابس : لا يجب القطع ، لأنه مما يتسارع إليه الفساد .

وعلى هذا : النبيذ الحلال ، والعصير ، واللبن ، بخلاف الخل والدِّبس .

ومنها - أن لا يكون المسروق شيئا يوجد مباح الأصل ، كالطيور والخشب والقصب ، والنُّورة واللبن ، إلا إذا كان شيئا له خطر عند الناس ، كالذهب والفضة واللعْل(١) والفيروزج والساج والعاج ونحوها ، أو يحدث فيه صنع كالسرير ونحوه .

ومنها - أن لا يكون مأذونا بالدخول في الحرز ، أو فيه شبهة الإذن ، كالسرقة من ذوي الرحم المحرم .

وكذلك عبد الرجل ، ومدبره ، ومكاتبه ، وخادمه ، وخادم امرأته ،

---

(١) اللعل حجر كريم والكلمة من الدخيل .

وأجيرهما ، وضيفهما ، ونحو ذلك .

وكذلك لو سرق العبد من ابن مولاه ، وأبـويه ـ لأنـه يدخل عليهم ، عادة .

وإن سرق من غريمه : فإن كان من جنس دَيْنه ، وهو حال : لا يقطع وإن كان الدين مؤجلا : لا يقطع ، استحسانا . وإن كـان المسروق اكـثر من الـدين ، وتلك الزيـادة تكون نصبـا : فكذلـك ، لأن حقـه ثـابت في الجملة شائعا .

وإن كـان من خـلاف جنسـه : يقـطع ـ خـلافـا للشـافعي . وبعض أصحابنا قالوا : لا يقطع ، لاختلاف العلماء فيه من السلف .

ومنها ـ أن لا يكون المسروق شيئا لـه تأويـل الأخذ أو الإتـلاف ، كما إذا سرق مصحفا ، أو صليبا ، أو نرداً أو شطرنجا من ذهب أو فضة .

ومنها ـ أن لا يكون النصاب تبعا لما لا يقطع بسـرقته ، كـما إذا سرق كلبا أو سنورا وفي عنقه طوق ذهب أو فضة ، أو مصحفا مرصعا بـالذهب والياقوت، أو سرق صبيا حرا عليه حلى أو ثياب ديباج ـ لا يجب القطع .

وكذلك لو سرق إناء فضة فيه طعام ، وأخرجه من الحرز : كذلك لا يجب القطع . ولو صب الطعام ، وأخرج الإناء : يقطع .

ومنها ـ شرط ظهور السرقة ، الموجبـة للقطع ، عنـد القاضي ، وهـو خصومة المسروق منه ـ حتى لو شهدوا على السرقـة من غير خصـومة ، أو أقر السارق : فإن القاضي لا يقطع .

ولـو جاء السـارق ثانيـا إلى المـالـك ، ورد إليـه ، قبـل المـرافعـة إلى الحاكم : سقط الحد ، في المشهور ، عندنا .

وأما إذا ردها بعد المرافعة ، وسماع البينة : لا يسقط القطع ، سـواء

كان قبل القضاء أو بعده .

وأما إذا وهبها من السارق ، أو ملكها السارق ، بوجه ما : سقط القطع ، قبل القضاء ، وبعده ـ عندنا ، خلافا للشافعي .

ثم الشرط خصومة المسروق منه ، بأن كان صاحب ملك ، أو صاحب يد أمانة ، أو يد ضمان ، ويثبت السرقة في حق الاسترداد ، أما في حق القطع ، فعندنا : كذلك ـ وعند زفر : لا يثبت . والشافعي يقول : لا يعتبر خصومة غير المالك أصلا .

وأما السارق من السارق ، فإن خصومته لا تعتبر ، في حق القطع ، بالإجماع . وهل تعتبر في حق الاسترداد ؟ فيه روايتان .

وإنما تعتبر الخصومة إذا لم يتقادم العهد . فأما إذا تقادم عهد السرقة ، فلا يسمع الخصومة ، كما في حد الزنا ، على ما ذكرنا .

وأما قطاع الطريق والبغاة ـ فنقول :

إن قطاع الطريق، الذين لهم أحكام مخصوصة ، لهم شرائط :

أحدها ـ أن يكون لهم منعة وشوكة ، بحيث لا تمكن للمارة المقاومة معهم ، وقطعوا الطريق عليهم ، سواء كان بالسلاح ، أو بالعصا الكبيرة ، والحجر ، وغيرها .

والثاني ـ أن يكون ذلك خارج المصر ، بعيدا عنه . فأما في المصر وقريبا منه ، أو بين مصرين : فلا يكون قطع الطريق ـ وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وخلافا لأبي يوسف .

والثالث ـ أن يكون ذلك في دار الإسلام ، على أهل دار الإسلام .

والرابع ـ أن يوجد فيه ، جميع ما شرط في السرقة الصغرى ، حتى إن ما أخذوا لو قسم على القطاع ، فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم ـ

يجب القطع ، وإلا فلا .

ويشترط أن يكون القطاع ، كلهم ، أجانب ، في حق أصحاب الأموال ، وأن يكون كلهم من أهل وجوب القطع ، حتى إذا كان أحدهم ذا رحم محرم ، أو صبيا ، أو مجنونا : لا يجب عليهم القطع عند أبي حنيفة ومحمد ، خلافا لابي يوسف . وإذا كان معهم امرأة : ففيه روايتان ، والأصح أنه لا يقطع .

والخامس - أن يظفر بهم الإمام ، قبل التوبة ، ورد الأموال إلى أربابها .

أما أحكامهم - فنقول :

إن قطع الطريق على أربعة أنواع :

- إن أخذوا المال لا غير : تقطع أيديهم وأرجلهم ، من خلاف ، إذا كانوا صحيحي الأطراف .

- وإن قتلوا ، ولم يأخذوا المال : قتلوا .

- وإن أخذوا المال ، وقتلوا : فالإمام بالخيار : إن شاء قطع وقتل ، وإن شاء قتل لا غير - ثم هو مخير بين أن يقتله صلبا ، وبين أن يقتله بلا صلب .

ثم الكرخي يقول : يصلب حيا ، ثم يقتل ، والطحاوي يقول : يصلب مقتولا .

- وإن خوفوا بقطع الطريق لا غير : يحبسون ، ويعزرون حتى يتوبوا - وهو تفسير النفي لقوله تعالى : ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾[1] .

---

(١) المائدة : ٣٣ .

ثم إذا أقيم الحدان : القطع ، والقتل - فلا شيء عليهم من ضمان ما هلك من الأموال ، وضمان الجراحات والقتل ، لأن الحد مع الضمان لا يجتمعان .

وأما إذا فات شيء من الشرائط حتى لا يقام الحد عليهم ، فإنه يحكم القاضي بما هو حكم ذلك الفعل ، بدون قطع الطريق ، حتى إذا أخذوا المال لا غير : يجب الرد أو الضمان ، فإن قتلوا لا غير : يجب القصاص لا الحد - حتى إذا قتلوا بالسلاح ، يقتلوا ، ولا يقتلوا إذا قتلوا بغير السلاح .

ولا يقتل الرِدء (١) والمُعِين .

وإن خرجوا - إن أمكن استيفاء القصاص : يقتص منهم ، وإلا فيجب الضمان .

وأما البغاة :

فقوم لهم شوكة ومنعة ، وخالفوا المسلمين في بعض الأحكام ، بالتأويل ، كالخوارج وغيرهم ، وظهروا على بلدة من البلاد ، وكانوا في عسكر ، وأجروا أحكامهم .

فإذا قطعوا الطريق على أهل العدل ، من المسافرين - فلا يجب عليهم الحد ، لأنهم يدعون إباحة أموالهم عن تأويل ، ولهم منعة .

ولو جاء رجل من أهل البغي تائبا وأتى بسارق - قد سرق ماله - من أهل البغي : لا يقطعه الإمام العدل .

ولو كان رجل منهم في دار أهل العدل ، فسرق مال أهل العدل : يقطع ، وإن استحله ، لأنه لا منعة له - والله تعالى أعلم .

---

(١) الرِّدة المعين من ردأه أعانه .

كتاب
الهبة

يحتاج إلى :

بيان مشروعية عقد الهبة .

وإلى بيان ركنه ،

وإلى بيان شرائط صحته ،

وإلى بيان حكمه .

أما الأول ـ فنقول :

الهبة عقد ، مشروع ، مندوب إليه ، بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب ـ فقوله تعالى : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئاً[1] ﴾ .

وأما السنة ـ فقوله عليه السلام : « تحابوا » ، وقال عليه السلام : « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » .

وعليه الإجماع .

---

(١) النساء : ٤ .

وأما ركن الهبة :

فهو الإيجاب والقبول .

فالإيجاب قوله « وهبت هذا الشيء منك » أو « جعلته لك » أو « هذا لك » او « نحلته لك » أو قال « جعلت هذه الدار لك عمري أو عمرك أو حياتي أو حياتك ، فإذا مت فهو رد علي » ـ فهذا كله هبة ، وهي له حياته وموته ، والشرط الذي شرطه باطل ، على ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : « امسكوا عليكم أموالكم ، لا تعمروها[1]، فإن من أعمر شيئا كان لمن أعمره » .

ولو قال « هذه الدار لك رُقْبى[2] أو حبيسة » ودفعها إليه فهي عارية في يده ، ويأخذها منه متى شاء ، وقال أبو يوسف : إذا قبضها فهي هبة ، وقوله « رُقْبى وحبيسة » : باطل .

ولو قال « هذه الدار لك سكنى » أو « هذه الشاة أو هذه الأرض لك منحة » ـ فهي عارية في قولهم جميعا ، لأن المنحة عبارة عن بذل المنافع ، فإذا أضاف إلى عين ينتفع بها مع قيامها ، عمل بحقيقته ، فأما إذا أضاف إلى شيء لا ينتفع به ، إلا باستهلاكه ، كما إذا منحه طعاما ، أو لبنا ، أو دراهم ، أو دنانير ـ فإنه يكون هبة ، لأنه لا منفعة له مع قيام عينه . وعلى هذا قالوا : إن عارية الأعيان تمليك المنافع ، وعارية المكيل والموزون قرض ويكون تمليك العين .

وكذا لو قال « هذه الدار لك سكنى عمرى ، أو عمري سكنى » ، فهي عارية . وكذا اذا قال « هبة سكنى أو سكنى هبة » : فهي عارية .

---

(١) العُمْرَى ما يجعل لك طول عمرك أو عمره وعَمَرته إياه وأعمرته جعلته له عمره أو عمرى .

(٢) « معنى الرُقْبي أنه يقول إن مت أنا قبلك فهو لك وإن مت أنت قبلي فهو لي : سمي الرُقْبي من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته » .

وإن قال « هذه الدار لك عمري تسكنها أو صدقة تسكنها » : فهي هبة وصدقة ، وقوله « تسكنها أو تؤاجرها أو تعيرها » : يكون مشورة ، فيكون شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

كذا لو قال « هي لك هبة تسكنها » ـ فهي هبة جائزة لما ذكرنا .

ولو وهب الرجل أمة ، على أن لا يبيعها ـ فالهبة جائزة ، والشرط باطل عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف أيضا .

وكذا لو شرط أن يتخذها أم ولد ، أو أن يبيعها من فلان ، أو يردها عليه بعد شهر ـ كانت الهبة جائزة ، والشرط باطل ـ وكان ينبغي أن لا يكون الشرط الفاسد مفسدا للعقد ، وإنما جاء الفساد لأجل النهي والنهي ورد في البيع وما ورد في غيره ، فبقي غيره على الأصل ، إلا إذا كان في معناه ، وأصله ما روي عن النبي عليه السلام أنه أجاز العُمْرَى وأبطل شرط المعمر .

أما شرائط الصحة :

فمنها ـ القبض : حتى لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض ـ وهذا عندنا .

وقال مالك : القبض ليس بشرط .

وأصله ما روي عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم أنهم قالوا : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة » .

ومنها ـ أن تكون الهبة مقسومة إذا كان يحتمل القسمة ، وتجوز إذا كان مشاعا لا يحتمل القسمة ، سواء كانت الهبة للشريك أو غيره .

وقال الشافعي : هبة المشاع جائزة .

وكذلك الخلاف في التصدق بالمشاع .

وأصله ما روينا عن الصحابة أنهم قالوا : « لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة » ، والحيازة يراد بها القسمة ههنا ، بالإجماع .

ومنها ـ أن تكون الهبة متميزة عن غير الموهوب وغير متصلة به ، ولا مشغولة بغير الموهوب ، حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب دون الزرع ، أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة ، لا يجوز ، وكذلك لو وهب ثمرة النخل دون النخل ، أو الزرع دون الأرض ـ وقبض النخيل والثمرة والأرض والزرع : لا يجوز .

وكذا لو وهب دارا فيها متاع للواهب ، أو ظرفا فيه متاع للواهب دون المتاع ، أو وهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل ـ وقبضها : فإنه لا يجوز ، ولا يزول الملك عن الواهب إلى الموهوب له ، لأن الموهوب غير متميز عما ليس بموهوب ، فيكون بمنزلة هبة المشاع .

ولو قسم المشاع ، وسلم ما وهب : جاز .

وكذا في هذه الفصول ، إذا سلم الدار فارغة عن المتاع .

وكذا إذا حصد الزرع ، وجز الثمر ، ثم سلم النخل والأرض : جاز ، لأن الملك يثبت عند القبض ، فيعتبر حالة القبض وتكون الهبة موقوفة في حق ثبوت الملك إلى وقت الإفراز ، وفي كون الهبة ، في الحال ، فاسدة أم لا ، خلاف بين المشايخ ـ ولكن لا خلاف أنه إذا وجد التسليم بعد القسمة ، والإفراز : جاز .

ولو وهب دارا من رجلين ، أو كرا من طعام ، أو ألف درهم ، أو شيئا مما يقسم : فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : جائز .

والحاصل أن عند أبي حنيفة : الشيوع متى حصل عند القبض : فإنه يمنع صحة الهبة ، وإن حصل القبض في غير مشاع : جاز ـ فجوز هبة الاثنين من الواحد ، ولم يجوز هبة الواحد من الاثنين . واعتبر أبو يوسف

ومحمد في فساد العقد حصول الشيوع في الطرفين جميعا ، فجوزا هبة الواحد من اثنين وهبة الاثنين من الواحد .

ولو وهب عبدا من رجلين ، أو شيئا مما لا يقسم : جاز ، بالإجماع ، لأنه لا عبرة للشيوع فيما لا يحتمل القسمة في باب الهبة .

ولو وهب رجل لرجلين وقال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ولهذا نصفها » : فهو على الخلاف الذي ذكرناه .

ولو قال : « وهبت لك نصفها ولهذا نصفها » : لم يجز ، بالإجماع ، لأن العقد وقع في المشاع في كل نصف .

ولو قال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها » : جاز عند محمد ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : لا يجوز - فهما مرا على أصلهما ، وأبو يوسف فرق عند مخالفة النصيبين ، كما لو رهن عينا واحدة من اثنين : لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان ، فكذلك هذا .

ثم إن عند أبي حنيفة : إذا قسم وسلم إلى كل واحد منهما حصته مفرزة : جاز ، لما قلنا .

ولو تصدق بعشرة دراهم على مسكينين : جاز ، ولوتصدق علىغنيين : لم يجز عند أبي حنيفة ، كالهبة من اثنين - لأن الصدقة تقع من المتصدق لله تعالى ، لا للفقير ، فلا يتحقق الشيوع ، والصدقة من الغنيين هبة : فلم تجز ، وقيل : على قوله : تجوز الصدقة من الغنيين ، لأنه يحل لهما صدقة التطوع .

ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته أو غنمه أو ما في ضروعها ، أو وهب له سمنا في لبن ، أو زبدا قبل أن يمخض . أو دهنا في سمسم قبل أن يعصر ، أو زيتا في زيتون ، أو دقيقا في حنطة - وسلطه على قبضه عند الولادة ، وعند استخراج ذلك : فإنه لا يجوز ، لأن بعض هذه

الأشياء معدوم عند العقد ، أو معجوز التسليم لمعنى في المحل ، أو مجهول حتى لا يكون محلا للبيع ، وإذا كان هكذا ، فيكون فاسدا ، لا موقوفا ، بخلاف ما ذكرنا من هبة المشاع ، والموهوب المتصل بغيره : حيث يجوز إذا سلم بعد الإفراز والفصل ، لأن المشاع قابل لحكمه ، لكن المانع هو العجز عن التسليم ، لمعنى في غيره ، فإذا زال المانع فينقلب جائزا .

ولو وهب جارية أو حيوانا ، واستثنى الحمل : جازت الهبة في الأم والحمل جميعا ، وبطل الاستثناء . **وجملة هذا أن العقود على ثلاثة أضرب :**

أحدها - إذا عقد على الأم ، دون الحمل : فسد العقد ، وبطل الاستثناء ، وهو كالبيع والإجارة والرهن ، لأن الحمل تبع للأم في هذه العقود ، فكان موجبه ثبوت الحكم في الكل ، فإذا استثنى الحمل فقد نفى بعض موجب العقد ، ففسد العقد .

والثاني - أن يصح فيه العقد ، ويبطل الاستثناء ، وذلك مثل النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة ، لأن موجبه أن يثبت الحكم في الكل . وقد نفى بعض الموجب ، بالاستثناء ، فيكون شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

والثالث - يجوز العقد والاستثناء - وهو الوصية : إذا اوصى بجارية إلا حملها ، صحت الوصية في الجارية ، وبقي الحمل للورثة ، لأن الحمل أصل في حق هذا التصرف ، حتى تجوز الوصية بالحمل ، فجاز الاستثناء .

ولو أعتق ما في بطن جاريته ، ثم وهبها : جازت الهبة في الأم .

ولو دبر ما في بطن جاريته ، ثم وهبها : لم يجز - فمن أصحابنا من

قال في المسألة روايتان ، ومنهم من فرق بين التدبير والإعتاق .

ولو وهب عبدا ، أو ثوبا ، أو عينا من الأعيان ، مفرزا ، مقسوما ، ولم يأذن له في قبضه ، فقبضه الموهوب له : فإن كان بحضرة الواهب يجوز استحسانا ، والقياس أن لا يجوز : ذكرها في الزيادات . وإذا قام من المجلس ، ثم قبض : لا يصح ، لأن القبض في الهبة بمنزلة القبول في حق إثبات الحكم ، وذلك يصح في المجلس لا بعده ، كذلك هٰذا .

ولو وهب دينا له ، على رجل ، لرجل ، وأذن له بقبضه ممن عليه : جازت الهبة ، إذا قبض ذلك ، استحسانا ، والقياس ان لا يجوز ، وهو قول زفر، ولو لم يأذن له في قبض الدين : لم تجز الهبة ، وإن قبضه الموهوب له بحضرة الواهب .

ولو وهب العارية ، أو الوديعة ، وكل أمانة في يد إنسان من صاحب اليد : فإنه يجوز ، ويثبت الملك للموهوب له ، وينوب قبض الأمانة عن قبض الهبة ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكون قابضا حتى يتمكن من قبضه بالتخلية ـ ووجه الاستحسان أن الهبة تبرع ، وقبض الأمانة ينوب عنه ، بخلاف ما إذا باع من المودع ، لأن البيع عقد ضمان ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان .

ولو كانت العين مضمونة في يد إنسان ، بالمثل أو بالقيمة ، كما في الغصب والمقبوض على سوم الشراء ، فوهبها من صاحب اليد : تصح الهبة،ويبرأ عن الضمان ، فيكون قبضا غير مضمون .

ولو كانت مضمونة بغيرها ، كالرهن والمبيع ، فوهبها المالك ، لمن هي في يده ـ فإنه لا يكون قابضا بذلك ما لم يقبضها قبضا مستأنفا بعد عقد الهبة ، لأنها إذا كانت مضمونة بغيرها لم تصح البراءة عنها بالهبة فلا يصير قبض أمانة ، ولا بد من تجانس القبضين حتى يتساويا .

ثم إذا صحت الهبة عند وجود شرائطها واحتجنا الى :

بيان الحكم ـ فنقول :

حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ، غير لازم ، حتى يصح الرجوع والفسخ عندنا .

وعند الشافعي : يقع الملك لازما ، إلا في هبة الولد لولده .

لكن يكره الرجوع في الهبة ، لأنه من باب الدناءة .

وللموهوب له أن يمتنع عن الرد .

ولا يصح الرجوع إلا بتراض أو بقضاء القاضي ، لأنه فسخ بعد تمام العقد ، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض .

وإنما يمتنع الرجوع بأسباب :

منها ـ **العوض** ، للحديث : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » ـ أي يعوض .

ولكن العوض نوعان : عوض مشروط في العقد ، وعوض متأخر عن العقد :

أما المشروط في العقد ـ بأن قال « وهبت لك هذا العبد على أن تعوضني هذا الثوب » ـ فحكمه أن لكل واحد أن يرجع في السلعتين جميعا ، ما لم يتقابضا . وإن قبض أحدهما دون الآخر : كان للقابض وغير القابض الرجوع . فإذا تقابضا جميعا : انقطع الرجوع ، وصار بمنزلة البيع ، وإن كان عقده عقد هبة ، حتى يرد كل واحد منهما بالعيب ، ويرجع في الاستحقاق ، وتثبت الشفعة ـ وهذا عندنا ، وعند زفر : عقده عقد بيع ـ حتى يشترط القبض عندنا ، لثبوت الملك في هذه الهبة ، ولا يصح في الشيوع ، وعنده بخلافه .

فأما العوض المتأخر عن العقد ـ فهو لإسقاط الرجوع ، فلا يصير في معنى المعاوضة ، لا ابتداء ولا انتهاء ، وإنما يكون المال الثاني عوضا عن الأول بالإضافة اليه نصا ، بأن أعطى للواهب شيئا ، وقال « هذا عوض عن هبتك » أو « قد نحلتك هذا عن هبتك » أو « كافأتك » أو « جازيتك » أو « أثبتك » أو قال « هذا بدل هبتك » أو « مكان هبتك » أو « قد تصدقتبهذا عليك بدلا من هبتك » ـ فإن هذا عوض في هذه الوجوه إذا وجد قبض العوض ، ويكون العوض هبة : تصح بما تصح به الهبة ، وتبطل بما تبطل به الهبة .

فأما إذا لم يضف العوض إلى الهبة الأولى : فإنها تكون هبة مبتدأة ، ويثبت حق الرجوع في الهبتين جميعا .

ومنها ـ **العوض من حيث المعنى** ، وهو ليس بعوض مالي ، كالثواب في الصدقة : فإنه يكون عوضا مانعا من الرجوع ، وكصلة الرحم المحرم ، وصلة الزوجية ، حتى لا يصح الرجوع في هبة ذوي الأرحام المحارم ، وهبة الزوجين لأنه قد حصل العوض معنى .

ومنها ـ **إذا زادت في الهبة زيادة متصلة** : بفعل الموهوب له ، أو بفعل غيره ، بأن كانت جارية مهزولة فسمنت ، أو كانت دارا فبنى الموهوب له فيها بناء ، أو كانت أرضا فغرس فيها أشجارا أو نصب فيها دولابا ، وهو مثبت في الأرض مبني فيها ، أو كان ثوبا فصبغه بعصفر ، أو قطعه قميصا وخاطه ، لأن الموهوب اختلط بغيره ، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب ، فامتنع اصلا .

أما الزيادة المنفصلة ، كالأرش والولد والعقر : فلا تمنع الرجوع ، لأنه يمكن الفسخ في الأم والأصل ، دونها ، بخلاف زوائد المبيع ، لأن ثم يؤدي إلى الربا ، لأنها عقد معوضة ، بخلاف الهبة .

وأما نقصان الموهوب : فلا يمنع الرجوع ، لأنه فات بعضه ، ولو كان الكل قائما فرجع في البعض دون البعض، جاز - فكذا هذا .

ومنها - **خروج الموهوب عن ملك الموهوب له** ، بأن باع أو وهب ، لأن اختلاف الملكين كاختلاف العينين .

وكذا إذا **مات الموهوب له** ، لأن الملك ينتقل إلى ورثته .

وكذا اذا **مات الواهب** ، لأنه ينتقل الى ورثته .

وكذا لو **هلك الموهوب** ، لأنه زال الملك ، فلا يحتمل الفسخ .

ثم الرجوع في الهبة بغير القضاء : فسخ عندنا - حتى يجوز في المشاع ، ولا يشترط القبض ، خلافا لزفر - والمسألة معروفة .

ولو وهب رجل لابنه الصغير شيئا - صحت الهبة ، لأن قبض الأب كقبضه ، وكذا قبض جده بعده ، وقبض وصي الأب والجد بعدهما ، حتى لو وهب هؤلاء من الصغير ، والمال في أيديهم - صحت الهبة ، ويصيرون قابضين للصغير ، وعلى هذا قالوا : إذا باع الأب ماله ، من ابنه الصغير ، ثم هلك المبيع عقيب البيع ، كان الهلاك على الصغير ، لأنه صار قابضا بقبض الأب .

وكذلك لو وهب أجنبي للصغير شيئا ، فقبض ذلك أحد هؤلاء الأربعة ، لأن لهم ولاية التصرف في ماله .

ومن غاب منهم غيبة منقطعة ، فالولاية تنتقل إلى الأبعد ، كما في ولاية النكاح .

ولا يجوز قبض غير هؤلاء عنه ، أجنبيا كان أو ذا رحم منه ، لأنه لا ولاية لهم عليه ، إلا إذا كان الصغير في حجره وعياله ، فيكون قبضه للهبة بمنزلة إيصال النفع إليه ، ويكون من باب الحفظ .

ولو قبض الصغير ، العاقل ، ما وهب له واحد من هؤلاء الأربعة ـ جاز قبضه ، استحسانا ، والقياس أن لا يجوز ، لأن هذا من باب النفع ، وقبض هؤلاء جائز عليه أيضا ، وإن كان عاقلا ، لأن النظر الكامل في هذا أن يملك كل واحد منهما ذلك .

ولو وهب الأب مال الصغير : لا يجوز ، لأنه تبرع ولو وهب بشرط العوض ، وقبل الآخر العوض ـ لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يجوز ـ فأبو حنيفة اعتبر نفس الهبة ، وهي من باب التبرع، ولا يملك الأب ذلك ، ومحمد يقول : هذا بمعنى البيع .

وعلى هذا الخلاف : **المأذون والمكاتب** ، إذا وهبا بشرط العوض ـ لم يجز عندهما ـ خلافا له .

ولو وهب رجل ، لعبد رجل ـ فإن القبول والقبض إلى العبد ، دون مولاه ، ويكون الملك لمولى بحكم أنه كسب عبده لأن الغرض هو وجه العبد فيكون هبة له ، ولا يجوز قبض المولى وقبوله عنه ، سواء كان على العبد دين أو لم يكن ، لأنه هبة للعبد .

وكذلك الجواب في المكاتب : أن قبول الهبة وقبضها إليه ، دون مولاه ، لأنه أحق بكسبه .

ويكون للواهب الرجوع إذا كان العبد أجنبيا في حقه ، وإن كان انتقل الملك إلى مولاه ، لأن ملك العبد غير مستقر فيه ، فكأن الملك وقع للمولى ابتداء .

وكذلك في المكاتب : إن عتق فظاهر ، لأنه استقر ملكه ، وإن عجز ، وصاركسبه للمولى، فله حق الرجوع في قول أبي يوسف ولم يجز الرجوع في قول محمد ـ بناء على أن عند أبي يوسف : كأن الملك وقع للمولى من الابتداء ، وعند محمد : كأنه ثبت من وقت العجز .

ولـو وهب الـرجـل لعبـد رجـل هبـة ، والـواهب ذو رحم محـرم من العبد ، دون المولى ، فإنه يرجع ، بالاتفاق . وأمـا إذا كان المـولى ذا رحم محرم من الواهب دون العبد : فعند أبي حنيفة : يرجع أيضاً،وعنـدهما : لا يـرجع ـ وهـذا بناء عـلى أن الملك في الهبة يقـع للمولى ، فيكـون هبـة من المـولى عندهمـا ، وإن كان ذا رحم محـرم : لا يرجـع ، وإن كان أجنبيـا : يرجع ، ولا عبرة لجانب العبـد ، وعند أبي حنيفـة : هذا هبـة للمولى من وجـه ، وللعبد من وجـه ، فلا تكـون صلة كاملة في حق كـل واحد عـلى الانفـراد ، والصلة الكاملة مـانعـة للرجـوع ، فـلا تتعـدى الى الصلة من وجه .

فـأما إذا كـانا جميعـا ذوي رحم محرم من الـواهب : ذكـر أبـو الحسن الكرخي عن محمد أن قياس قول أبي حنيفة : أن يرجع ، لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة .

وقال أبو جعفـر الهندواني : ليس لـه أن يرجـع في قولهم جميعـا ، لأن الهبة ـ لأيها كانت ـ تمنع الرجوع .

وعلى هذا التفريع : لو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب :

فإن أدى المكاتب : اعتبر حاله ، لأنه استقر ملكه بالعتق .

وإن عجز : ففي قياس قول أبي حنيفة : يعتبر حال المولى ، كأن الهبة وقعت لـه من الابتـداء . وعنـد محمـد : لا يـرجـع ، لأن الكسب كـان للمكاتب ، وعند العجز ينتقل إلى المولى .

ولـو وهب الـرجـل أولاده ، فسلم الى الكبـار حصتهم ، وقبض هـو حصـة الصغار ـ جـاز ، لما قلنـا . ولكن ينبغي أن يسوي بـين أولاده ، في الهبة ، في قول أبي يوسف ، وفي قول محمد : يجزيـه إن أعطاهم عـلى قدر مواريثهم ـ والله أعلم بالصواب .

كتاب
الوديعة

اعلم أن عقد الوديعة مشروع ، ومندوب إليه ، لأن فيه إعانة لصاحبها لحفظ ماله ، والله تعالى يقول : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾[1] .

ثم عقد الوديعة استحفاظ من المودع ، وائتمان له ، فتكون الوديعة أمانة في يد المودع ، لوجود الائتمان من المودع ، ويلزمه حفظها ، إذا قبل الوديعة ، لأنه التزم الحفظ ، فيجب عليه أن يحفظ على الوجه الذي يحفظ ماله ، بحرزه ، وبيده . وبيد من كان ماله في يده - نعني بحرزه : الذي هو ملكه ، أو يستأجره ، أو يستعيره ، وليس الشرط أن يحفظه في الحرز الذي يحفظ فيه ماله ، ونعني بيد من كان ماله في يده : كل من كان في عياله ، حتى المستأجَر الذي استأجره مشاهرة بنفقته وكسوته ، دون الذي استأجره بالدراهم أو المستأجَر مياومة ، ويدخل فيه العبد المأذون الذي في يده ماله ، وشريك المفاوضة والعنان ، وإن لم يكونوا في عياله .

ثم إذا أخرجه من يده ، ودفعه إلى غيره ، وديعة : يصير ضامنا ، لأنه رضي بحفظه ، دون حفظ غيره ، من غير ضرورة ، حتى إذا وقع الحريق ونحوه في داره فأودع غيره : لا يضمن .

وأما مودع المودع - هل يضمن لو هلكت الوديعة ؟ فعند أبي حنيفة :

---

(١) المائدة : ٢ .

لا يضمن ، وعند أبي يوسف ومحمد : يضمن ، والمالك بالخيار : إن شاء ضمن المودع الأول ، وإن شاء ضمن الثاني ، فإن ضمن الأول : لا يرجع على الثاني ، وإن ضمن الثاني : يرجع على الأول .

ولو استهلك الثاني الوديعة ، فلصاحب الوديعة الخيار في تضمينها : فإن ضمن الأول : يرجع الأول على الثاني ، لأنه يصير ملكا له ، بالضمان ، فكأنه أودع ماله عنده ، وإن ضمن الثاني : لا يرجع على الأول - والمسألة معروفة .

فإن استرد المودع الأول ، من الثاني ، وحفظه بنفسه : يبرأ عن الضمان ، عندنا - خلافا للشافعي .

وعلى هذا : إذا استعمل الوديعة ، بأن ركب الدابة ، ولبس الثوب - ثم نزل ، ونزع : يعود أمينا ، عندنا ، خلافا للشافعي - والمسألة معروفة .

وفي المستأجر والمستعير ، إذا خالفا ثم تركا الخلاف : بقي الضمان - وعند بعضهم : هذا بمنزلة المودع .

ولو سافر بالوديعة : لا يضمن ، عند أبي حنيفة ، ولو أودع إنسانا : ضمن . وعندهما : يضمن - والمسألة معروفة .

ولو ردالوديعة إلى بيت المودع ، من غير حضرة المودع : يضمن .

وكذا إذا رد إلى يد من في عيال المالك ، لأنه لم يرض بيدهم حيث أودع ،وفي الإجارة والعارية : لا يضمن ، لعادة الناس ، حتى إن العارية إذا كانت شيئا نفيسا - قالوا : يضمن ، وقيل أيضا في الثياب كذلك ، وإنما العادة في بعض آلات البيت .

ولو بعث الوديعة مع من كان في عياله : لا يضمن .

ولو قال له : « احفظ في هذه الدار ولا تحفظ في هذا البيت » ، وإنه مثل غيره في الحرز ـ فلو حفظ في غيره : لا يضمن ، بخلاف الدارين .

ولـو قال : « احفظ في هـذا المصر ولا يخـرج » ـ يجب عليـه الحفظ في ذلـك المصر ، إلا إذا كـان ثمة عـذر ظاهـر ، بـأن قصـد السلطان أخـذه فأخرجه مع نفسه .

ولـو قال المـودَع : « هلكت الوديعـة عنـدي » أو « رددتهـا إليـك » ، وأنكر المودِع وقال : « لا ! بل أتلفتَها » ـ فالقول قول المـودَع ، لأنه أمـين في ذلك ، ولكن مع اليمين ، لأنه لـو أقر بـذلك يلزمـه ، فإن أقـام المودِع البينةعلى الإتلاف : يضمن المودَع ، وكـذا إذا حلف المودع على الإتلاف، فنكل . فلو اقام المودع البينة على أنه أتلفها المودع ، وأقام المودع البينة على أنها هلكت ، فبينة المودع أولى ، لأنها أكثر إثباتا . ولو أقام على إقرار المودع أنها هلكت : يقبل ، ويكون إكذابا لبينته .

ولو طلب المودع يمين المودع : « بالله ما يعلم أنها هلكت » ـ فالقاضي يحلفه ـ فإن حلف : يقضي بالضمان ، وإن نكل : يقضي بالبراءة .

وعلى هذا ـ إذا جحد الوديعة : فالقول قوله .

ولو أقام المودع البينة على الوديعة : يضمن المودع ـ فإن أقر بـالوديعـة وأقام المودع البينة على أنها هلكت قبـل جحوده الـوديعة : لا يقبـل ، لأنه بالجحود أكذب بينته . وإن أقام على إقرار المودع ، بذلك يقبل .

ولـو طلب من القاضي أن يحلف المودع « بـالله مـا يعلم أن الـوديعـة هلكت قبل جحوده إيـاها » : يحلفـه ـ فإن حلف يقضي بـالضمان ، وإن نكل : يقضي بالبراءة .

ولـو أودع رجلان عنـد رجل وديعـة ، وغابـا ، ثم حضر أحـدهمـا : فليس لـه أن يدفـع إليـه حصتـه ، مـا لم يجتمعـا وإن طلب منـه عنـد أبي

حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يقسم ، ويدفع إليه حصته ، ولا تصح القسمة في حق الغائب ، حتى لو هلك النصف الباقي في يده ، يكون للغائب أن يأخذ المودع نصفه الآخر .

ولو أودع رجل عند رجلين وديعة مما يقسم ، فلهما أن يقسماه ويأخذ كل واحد نصفه للحفظ ، لأنه رضي بحفظهما ، وأمكن من هذا الوجه .

ولو دفع أحدهما إلى صاحبه : ضمن النصف عند أبي حنيفة ، لأنه رضي بحفظهما ، لا بحفظ أحدهما ، وعندهما : لا يضمن .

وأجمعوا أنها إذا كانت لا تقسم : لا يضمن لأنه لا يمكن حفظهما في مكان واحد ، فكان راضيا بحفظ احدهما .

وعلى هذا ـ الخلاف في المرتهنين ، والوكيلين بالقبض .

ولو خلط الودية بمال نفسه : إن كان يمكن التمييز : لا شيء عليه ويميز ، وإن كان لا يمكن التمييز : يضمن الحافظ عند أبي حنيفة مثله لصاحبه .

وكذلك إذا كانت وديعتان ، فخلط إحداهما بالأخرى : يضمن مثل ذلك لصاحبهما ، وإذا أدى الضمان : حل له ذلك ، وعندهما : في الدراهم والدنانير ، إن شاء المالك : ضمنه مثله ، وإن شاء : أخذ نصف المخلوط .

وكذا في الوديعتين ، وفي سائر المكيلات والموزونات : إن شاء ضمنه كل واحد مثل حقه ، وإن شاء باعا المخلوط وقبضا الثمن ويأخذ صاحب الحنطة ثمن الحنطة ، غير مخلوط بالشعير ، ويأخذ صاحب الشعير ثمن الشعير غير مخلوط بالحنطة .

ولو مات المودع ، ولم يبين الوديعة : فإن كانت معروفة ، وهي

قـائمة : تـرد الى صاحبهـا . وإن لم تعرف : يضمن ، ويكـون صـاحبهـا شريكا للغرماء ـ والله تعالى أعلم .

كتاب
العارية

اعلم أن إطلاق اسم العارية في العرف بطريقتين : بـطريق الحقيقة ، وبطريق المجاز .

أما بطريق الحقيقة :

فهـو إعارة الأعيـان التي ينتفع بهـا ، مع قيـامهـا ، كـالـدور والعبيـد والدواب ونحوها ، وهو تمليك منافع الأعيان ، عند عامة المشايخ .

وقال الكرخي : إنه عقد إباحة فانه ليس للمستعـير أن يؤاجر ، ولـو كان تمليكا لملك الإجارة ، كالمستأجر : يملك أن يؤاجر .

لكن هذا ليس بصحيح ، فإنه يملك أن يعير ، ولو كان إباحة لكان لا يملك ، كـالمباح لـه الطعـام : لا يملك الدفـع إلى غيره ، إلا أنـه لا يملك الإجارة ، لأنه عقد لازم ، والعارية تبرع ، فكيف يملك به ما هـو لازم ، فيؤدي الى تغيير المشروع ؟

ثم العارية أمـانة عنـدنا ، وعنـد الشافعي : مضمـونة ـ وهي مسـألة معروفة .

ولو شرط الضمان في العارية ـ هل يصح ؟ المشايخ مختلفون فيه :

وأما بطريق المجاز :

فهـو إعـارة المكيـل والمـوزون ، وكـل مـا لا يمكن الانتفـاع بـه إلا

باستهلاكه، فهو قرض حقيقة ،ولكن يسمى عارية مجازا ، لأنه لما رضي بالانتفاع به باستهلاكه ببدل ، كان تمليكا له ببدل ، وهو تفسير القرض ، ولا يلزم الأجل فيه ، كما في العارية .

ثم العارية قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة :

فالمطلقة :

أن يستعير شيئا ، ولم يبين أنه يستعمله بنفسه أو بغيره ، ولم يبين كيفية الاستعمال .

وحكمها أنه ينزل منزلة المالك ، فكل ما ينتفع به المالك ، ينتفع به المستعير من الركوب والحمل ، وله أن يركب غيره ـ ولكن يحمل بقدر المعتاد ، لا زيادة عليه ، لأن الزيادة تكون إتلافا .

فاما إذا بين أنه يستعمله بنفسه ـ فهذا على وجهين :

إن كان مما يتفاوت الناس في استعماله ، كالركوب واللبس : فإنه يختص به ، ولا يجوز له أن يركب غيره ، وأن يلبس غيره .

وإن كان شيئا لا يتفاوت ، كسكنى الدار : فله أن يعير غيره .

وكذا إذا سمي وقتا أو مكانا ، فجاوز ذلك المكان أو زاد على الوقت : يضمن ، لأن التخصيص مفيد .

فأما إذا بين مقدار الحمل والجنس: فإن حمله عليه أو زاد : يضمن ، بقدر الزيادة . ولو حمل عليه شيئا بخلاف جنسه : فإن كان مثله في الخفة أو أخف منه : لا يضمن ، وإن كان أثقل منه : يضمن ، إلا اذا كان شيئا فيه زيادة ضرر بالدابة : فيضمن ، وإن كان مثله في الوزن والثقل ، بأن استعار دابة ليحمل عليها مائة منٍّ من القطن ، فحمل عليها مائة منٍّ من الحديد : فإنه يضمن ، لأن ثقل الحديد يكون في موضع واحد ، وثقل

القطن يتفرق على جميع ظهرها وبدنها . وإن كان أثقل منه : فإن كان من الجنس المذكور : يضمن بقدر الزيادة ، وإن كان من خلاف الجنس : يضمن كل القيمة .

وليس للمستعير أن يؤاجر لما ذكرنا ـ فإن فعل : فهو ضامن من حين سلمه إلى المستأجر ، ويكون المعير بالخيار : إن شاء ضمن المستعير ، وإن شاء ضمن المستأجر ، لوجود التعدي منهما ـ فإن ضمن المستعير : لم يرجع على المستأجر ، لانه ملك العين بالضمان ، فكأنه آجر ملك نفسه ، فهلك وإن ضمن المستأجر : فإن كان لا يعلم أنه عارية ، يرجع على المستعير ، لأنه ضمن الدرك[1] ، بإيجاب عقد فيه بدل ، فيكون غرور ، فأما إذا كان يعلم فلا يرجع ، لأنه لا غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

ولو استعار أرضا على أن يبني فيها بناء ، أو يغرس فيها غرسا ـ فإما إن كان مطلقا أو مؤقتا إلى عشر سنين ونحوه :

فإن كان مطلقا ـ فبنى فيها أو غرس : فلصاحب الأرض أن يستردها في اي وقت شاء ، لأن العارية غير لازمة ، وعلى المستعير أن يأخذ غرسه وبناءه ، لأنه شغل أرض غيره ولم يرض صاحبه بذلك ، وليس للمستعير أن يضمن المعير قيمة غرسه وبنائه ويترك ذلك عليه ، لأنه لم يوجد منه الغرور ، لأن العارية تسترد على كل حال .

وعلى قول مالك : له أن يرجع عليه .

وإن كان مؤقتا ـ فله أن يسترد أيضا ، لكن المستعير بالخيار : إن شاء ضمن المعير قيمة غرسه ، وبنائه ، ويترك ذلك عليه ، لأنه غره حيث وقت وقتا طويلا ، ثم استرد قبل مضيه ، وإن شاء أخذ غرسه وبناءه إن لم يضر

---

(١) « الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع » ـ وبعبارة أخرى : « هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

القلع بأرض المعير ، فأما إذا إذا كان يضر بـه ، فالخيـار للمعير : إن شـاء أخذ الغرس والبناء ، بالضمان ، وإن شاء رضي بالقطع ,

فأما إذا أعـار الأرض ، ليزرع ، فـزرع ، ثم أراد ان يسترد والـزرع غير مدرك : فليس لـه ذلك ، وتبقى الأرض في يـده ، بطريق الإجـارة ، إلى أن يـأخـذ الغلة ، لأن هـذه مـدة يسيـرة معلومـة فيـه ، وفيه نظر من الجانبين ، بخـلاف الغرس والبنـاء : فإنـه لو انقلبت إجـارة ، يتضرر بـه المعير ، لطول المدة .

وإن اختلف المعير والمستعير في عـدد الأيام ، أو في مقـدار الحمل ، أو في المكان ـ فالقول قول المعير ، لأن المستعير قابض لنفسه ، فيكون سقوط الضمان بناء على الإذن له .

كتاب
الدعوى والبينات

الدعوى نوعان : صحيحة ، وفاسدة .

أما الصحيحة ـ فأن يوجد فيها شرائط الصحة ، بأن يدعى على خصم حاضر ، وأن يكون المدعى به شيئا ، معلوما ، معينا ، وأن يتعلق به حكم على المطلوب منه .

والفاسدة ـ أن لا يكون الخصم حاضرا ، وأن يكون المدعى به مجهولا ، لأنه لا يمكن للشهود الشهادة ،ولا للقاضي القضاء به . وأن لا تُلْزِم المطلوب منه ذلك ، بأن ادعى أنه وكيل فلان ، فالقاضي لا يسمع دعواه ، إذا أنكر الآخر ، لأنه يمكنه عزله للحال .

ثم إنما **يصير المدعى به معلوما** : إما بالإشارة إليه عند القاضي ، بأن كان منقولا في الدعوى ، وبالشهادة ، وإن لم يكن منقولا ، نحو العقار والرحى ونحوهما مما يمكن معرفته بالتحديد ـ فإعلامه بذلك ، وهو في العقار .

وما لا يمكن معرفته بالتحديد ، كحجر الرحى ، فينصب القاضي أمينا حتى يسمع الدعوى والبينة ، عند ذلك ، بالإشارة .

ثم المدعي من يلتمس ، بدعواه ، إثبات ملك على غيره ، في العين أو في الدين ، أو يثبت حقا . **والمدعى عليه** من يدفع ذلك عن نفسه وينفيه .

وقيل : المدعي من إذا ترك الدعوى يترك ، والمدعى عليه من إذا ترك الدعوى لم يترك .

وذكر محمد أن المدعى عليه هو المنكر .

إذا ثبت هذا ـ فنقول :

إذا جاء المدعي ، إلى القاضي ، مع خصمه ، فالقاضي يسأله : ماذا يدعي عليه ؟ فإذا ادعى المدعي دعوى ، صحيحة ، على خصم حاضر ـ سأل المدعى عليه عن جواب المدعي ، وقال : « أجب خصمك بلا أو نعم » ـ وما ذكرنا استحسان ، والقياس ما ذكر في الزيادات : أن المدعي إذا جاء إلى القاضي مع خصمه ، فإنه لا يسأل المدعي : ماذا يدعي ؟ حتى يبدأ المدعي بدعواه ، ثم إذا ادعى دعوى صحيحة ، وسمعها ، لا يسأل المدعى عليه عن جوابه ، ما لم يسأل المدعي منه ، أن يسأل المدعى عليه ، عن جوابه ، لأنه إنشاء الخصومة . لكن الصحيح هو الاستحسان ،لأن الخصمين ربما يعجزان عن ذلك لمهابة مجلس القاضي .

فإذا سأل المدعى عليه عن الجواب : فإذا أقر به أمره بتسليم المدعى به إلى المدعى ، وإن أنكر سأل المدعي عن البينة عند أبي حنيفة ، وعندهما : يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعي منه الحلف ـ لأن عنده : إذا قال المدعي : « لي بينة حاضرة في المصر » ، فالقاضي لا يحلفه وعندهما : يحلفه ، فلذلك يسأل .

فإذا قال : « لا بينة لي » أو « ليس لي بينة حاضرة » ـ فإنه يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعي اليمين ، لأن اليمين حقه ، فلا بد من طلبه . فإذا حلفه : فإن حلف : تنقطع الخصومة إلى وقت إقامة البينة ، وإن نكل : يقضي عليه بالنكول عندنا ، في الأموال ، وعند الشافعي : يرد اليمين إلى المدعي : فإذا حلف : يقضي له . وفي القصاص في

الطرف : يقضي بالنكول ، أيضا : عند أبي حنيفة ـ وعندهما : يقضي بالدية . وأما في النفس : فعندهما : يقضي بالدية أيضا . وعنده : لا يقضي بالقصاص ولا بالدية ، ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف ، وكذا لا يقضي بالنكول في الأشياء السبعة عند أبي حنيفة ، وعندهما : يقضي . وأجمعوا أنه لا يقضي بالنكول في الحدود .

وعلى هذا ـ الاستحلاف عنده : لا يستحلف في الأشياء السبعة ، وهي : النكاح ، والرق ، والولاء ، والنسب ، والرجعة ، والفيء في الإيلاء ، والاستيلاد ـ لأن الاستحلاف لأجل النكول ، وهو بذل وإباحة عند أبي حنيفة ، ولا يجري ذلك في هذه الأشياء. وعندهما : هو بمعنى الإقرار الذي فيه شبهة ، وهذه الأشياء مما يثبت بدليل فيه شبهة ـ وهذا مما يعرف في الخلافيات .

ثم الدعوى إما أن تكون في ملك مطلق او بسبب ، مع التاريخ أو بدونه ، ولا يخلو : إما إن كانت من الخارج على ذي اليد ، أو من الخارجين على ذي اليد ، أو من صاحبي اليد : أحدهما على صاحبه .

أما إذا كان الدعوى في ملك مطلق ـ فنقول :

ان كانت من الخارج على ذي اليد ، بلا تاريخ : فبينة الخارج أولى ، عندنا ـ وعند الشافعي : بينة اليد أولى ـ وهي مسألة معروفة .

وعلى هذا الخلاف : إذا أرخا ، وتاريخهما سواء ، لأنه لم يثبت سبق أحدهما ، فبقيت دعوى ملك مطلق .

فأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو قول محمد أولا ، ثم رجع بعد رجوعه من الرقة وقال : لا تقبل بينة ذي اليد على وقت ولا غيره إلا في النتاج ـ كذا ذكر ابن سماعة . وذكر محمد هذه المسألة في كتاب الدعوى ، وقال : عند أبي

حنيفة : يقضى بها للخارج ، ثم رجع وقال : يقضى بها لصاحب اليد وهو قول محمد أي قوله الأول ، لأن بينة صاحب اليد أثبتت أنه أول المالكين .

وأما إذا وقت أحدهما . ولم يوقت الآخر : فعند محمد : لا عبرة لتاريخ صاحب اليد . فالخارج أولى . وعند أبي يوسف : بينة صاحب الوقت أولى . وعن أبي حنيفة روايتان : في رواية مع محمد ، وفي رواية مع أبي يوسف .

أما إذا كانت الدعوى من الخارجين في ملك مطلق ، بلا تاريخ ، أو تاريخهما سواء ، **والشيء في يد الثالث** : فهو بينهما نصفان عندنا .

وللشافعي فيه قولان : في قول تهاترت البينتان وتبقى في يد صاحب اليد قضاء ترك ، وفي رواية : يقرع بينهما ويقضى للذي خرجت له القرعة ـ والمسألة معروفة .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى ، بالاتفاق ، لأن بينة الخارجين مسموعة ، فيترجح أحدهما بالتاريخ .

وأما إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فهما سواء عند أبي حنيفة ، ولا عبرة بالتاريخ لجواز أن يكون الآخر لو وقت كان تاريخه أسبق . وعند أبي يوسف : صاحب الوقت أولى. وعند محمد : الذي أطلق أولى ، لأن الملك المطلق ملك من الأصل حكما حتى يستحق الزوائد به .

وأما إذا كان الشيء في أيديهما ، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له : فإنه يقضي لكل واحد منهما بنصف ما في يد صاحبه ، لأنه خارج في ذلك النصف .

ولو أقام أحدهما البينة : يقضى له بنصف ما في يد صاحبه ، وما في يده يترك في يده قضاء ترك .

ولو لم يكن لهما بينة : قضى بينهما نصفين ، قضاء ترك ، حتى لو أقام أحدهما البينة على صاحبه ، بعد ذلك ، تقبل .

وكذا إذا أرخا ، وتاريخهما سواء .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : صاحب الوقت الأول ، أولى . وقال محمد : لا يعتبر الوقت في حق صاحب اليد ، فكان بينهما .

وأما إذا كان لأحدهما وقت دون الآخر - فعند أبي حنيفة ومحمد : لا عبرة للوقت ، فيكون بينهما . وقال أبو يوسف : هو لصاحب الوقت في حق صاحب اليد فكان بينهما .

وأما إذا كان لأحدهما وقت دون الآخر - فعند أبي حنيفة ومحمد : لا عبرة للوقت ، فيكون بينهما وقال أبو يوسف: هو لصاحب الوقت .

وأما إذا كان دعوى الملك بسبب :

فإن كان السبب هو الإرث : فإن كان أحدهما خارجا ، والآخر صاحب اليد ، وأقام كل واحد منهما البينة أنه ملكه : مات أبوه وتركه ميراثا له : فهو للخارج ، في قول أصحابنا جميعا ، لأن كل واحد منهما يثبت الملك للميت ، مطلقا ، فصار كما لو حضر المالكان وادعيا ملكا مطلقا : يكون للخارج - كذا هذا .

وكذا إذا أرخا ، وتاريخهما سواء ، أو ذكر أحدهما الوقت دون الآخر .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو لصاحب الوقت الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وفي قول محمد الآخر : للخارج .

وأما إذا كانا خارجين ، في دعوى الميراث ، على ثالث ، ووقت أحدهما أسبق : فهو له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد

روايتان : في ظاهر الرواية : قال في الميراث : ذلك كله سواء وهو بينهما نصفان . وفي نوادر هشام : إن لم يؤرخا ملك الميتين : فهو بينهما نصفان ، وإن أرخا ملك الميتين : فهو لصاحب التاريخ الأول .

وكان أبو بكر الرازي يفرق لمحمد بين الميراث من اثنين ، وبين الشراء من اثنين ـ قال في الميراث : بينهما نصفان ، وفي شراء الخارجين من رجل واحد : إنه لصاحب الوقت الأول ، لأن المشتري يثبت الملك لنفسه ، والوارث يثبت الملك للميت .

لكن روي عن محمد في « الإملاء » في الخارجين إذا أقاما البينة على الشراء من واحد ، وأرخا : أن التاريخ لا يقبل إلا أن يؤرخا ملك البائع ـ وسوى بينه وبين الميراث .

وأما إذا كان السبب هو الشراء ـ بأن ادعى الخارج الشراء من صاحب اليد ، وهو منكر يقبل .

ولو ادعى صاحب اليد الشراء من خارج : يقبل أيضا ، لأنه يصح تلقي الملك من جهته .

فأما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء من صاحبه ، من غير تاريخ : فلا يقضى بالبينتين عند أبي حنيفة وأبي يوسف وترك المدعى به في يد صاحب اليد .

وعند محمد : يقضي بالبينتين جميعا ، لأنه يمكن تصحيحهما ، ويجعل كأن الخارج باع من صاحب اليد ، وسلم اليه، ثم باع صاحب اليد منه ، ولم يسلم إليه ، فيؤمر بالتسليم إليه ، ولا يمكن على العكس ، لأن بيع العقار قبل القبض ، عنده لا يجوز .

وأما إذا ارخا ، وتاريخ أحدهما أسبق : فإنه يقضى لآخرهما وقتا : أيهما كان ، والبيع الثاني ينقض البيع الأول عندهما . وقال محمد : يقضي

بها للخارج ـ وفي المسألة تفصيل لم يذكره الكرخي .

وأما إذا اقاما البينة على الشراء والقبض ـ فعندهما : تهاترت البينتان ، والمدعى لمن هو في يده . وعند محمد : يقضى بها للذي في يده ، والثمن بالثمن قصاصا ، كأن الخارج اشتراها من الداخل ، فقبضها ثم اشتراها الداخل منه ، وقبض لأن المذهب عنده أن القبض الموجود مهما أمكن ان يجعل قبض بيع ، يجعل حملا لأمر العاقل على الصحة .

وأما الخارجان إذا ادعيا الشراء على صاحب اليد : فإن كان واحدا ، وأقاما البينة على الشراء منه ، بثمن معلوم ، ولم يذكرا التاريخ ولا القبض ـ فإنه يجعل بينهما نصفين ، عندنا .

وعند الشافعي : في قول : تهاترت البينتان . وفي قول : يقرع بينهما .

فأما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق : فهو له .

وكذا إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فهو لصاحب الوقت ، لأنه ثبت سبق بيع أحدهما ، وبيع الآخر معنى حادث ، ولا يعلم تاريخه فيحكم به للحال .

وأما إذا لم يكن لواحد منهما تاريخ ، ولكن له قبض ، بأن كان في يد أحدهما : فهو أولى ، لأنه يحمل على قبض البيع ، والبيع الثاني حادث ، ولم يعرف تاريخهما ، فجعل كأن بيع صاحب القبض أسبق .

فإن ذكر الآخر تاريخا ، ولأحدهما تاريخ ، وللآخر قبض : لم يعتبر التاريخ إلا أن يشهدوا أن بيعه كان قبل بيع الذي الشيء في يده ، فيقضي له به ، ويرجع الآخر بالثمن على البائع .

فأما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء ، من رجل غير الذي ادعى

عليه صاحبه ، وأقاما البينة - فهو بينهما نصفان ، لأن المشتريين قاما مقام البائعين ، كأنهما حضرا وأقاما البينة ، والمال بينهما نصفان .

ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق : يكون له عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - وهذه رواية الأصول . وقد ذكرنا فرق أبي بكر الرازق ورواية الإملاء عن محمد ، في هذا الفصل ، فلا نعيده .

ثم في هذه المسائل - في الشراء : يثبت الخيار لكل واحد من مدعي الشراء ، لأنه يدعي شراء الكل ، فلا يرضى بالنصف ، مع الشركة ، وهي عيب : فإن اختار أخذ النصف : يرجع على البائع بنصف الثمن ، لاستحقاق نصف المبيع ، وإن اختار الرد : رجع بجميع الثمن لانفساخ البيع . وإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ : فإن كان قبل تخيير الحاكم لهما والحكم لهما نصفين : فإنه يأخذ جميع المبيع ، بجميع الثمن ، لأنه استحقه ، بحكم العقد ، وإنما امتنع لأجل المزاحمة ، فإذا ترك الآخر الخصومة ، فله ذلك ، بحكم العقد . فأما إذا كان بعد حكم الحاكم بينهما : فيأخذ النصف ، بنصف الثمن ، لأنه ، بحكمه ، ينفسخ العقد ، في النصف ، ولا يعود إلا بالتجديد .

وأما دعوى النتاج :

فإن ادعى الخارج ، وذو اليد ، النتاج في دابة ، فهي لصاحب اليد ، لأنهما ادعيا أولية الملك ، فاستويا في الدعوى ، فيرجح باليد - وفي عين هذه المسألة ورد حديث جابر[1] عن النبي عليه السلام .

وإن ادعى أحدهما النتاج : فهو لصحب اليد ، أيهما كان ، لما ذكرنا .

(١) هو جابر بن عبد الله الصحابي ابن الصحابي - أحد المكثرين الرواية عن رسول الله ﷺ . وروى عنه جماعات من أئمة التابعين منهم سعيد بن المسيب . وتوفي بالمدينة سنة ٧٣ هـ . (أو ٧٨ أو ٦٨) وهو ابن اربع وتسعين سنة .

وإن كان خارجان ادعيا النتاج ، وهو في يد ثالث يدعي ملكا مطلقا : فهي بين الخارجين ، نصفان ، لاستوائهما .

ثم ظاهر مذهبنا أنه يقضى لصاحب اليد ، لا أن يترك في يده بلا قضاء .

وروى عيسى بن أبان[1] أنه تتهاتر البينتان ، ويترك في يده صاحب اليد قضاء ترك ـ وهذا خلاف مذهبنا : فإن الخارجين يقضى بينهما ، ولو كان ترك في يد صاحب اليد ، لا بطريق القضاء ، ينبغي أن يكون لصاحب اليد ، إذا تهاترت البينتان .

فإن أرخا ، فإنه ينظر :

إن كان سن النتاج يوافق أحد التاريخين فهو له .

وإن أشكل الأمر : سقط حكم التاريخ ، وجعل كأنهما لم يذكرا التاريخ .

وإن خالف الوقتين : ذكر في ظاهر الرواية أنه لا عبرة للتاريخ ، والحكم فيه ما ذكرنا من غير تاريخ . وذكر الحاكم أن في رواية أبي الليث[2] : تهاترت البينتان ، ويبقى النتاج في يد صاحب اليد ، قضاء ترك ـ وهو الأصح .

كذا الجواب في **كل ما لا يتكرر فيه سبب الملك ، ولا يعاد ، ولا يصنع مرتين** : فهو كالنتاج .

---

(١) تفقه على محمد بن الحسن وقد توفي سنة ٢٢١ هـ . بالبصرة وهو قاض عليها . وله كتاب الحجج . ومن تلاميذه أبو خازم القاضي أستاذ الطحاوي . وقيل : ما في الإسلام قاض أفقه من عيسى .

(٢) لعله نصر أبو الليث الحافظ السمرقندي .

وما يتكرر فيه سبب الملك ، ويصنع مرتين : فهو على التفصيل الذي ذكرنا من دعوى الملك المطلق وبالسبب .

وإذا كان حائط بين دارين ، وليس لواحد منهما عليه جذوع ، ولا له اتصال بالبناء : فإنه يكون بينهما لاستوائهما في الاستظلال .

وإن كان لأحدهما عليه جذوع : فالحائط له ، لأنه مستعمل له .

وإن كان لهما جذوع ، على السواء : فهو لهما ، لاستوائهما .

وإن كان لأحدهما أكثر : ذكر الكرخي أنه إذا كان لأحدهما ثلاثة فصاعدا ، وللآخر كثير : فهما سواء . أما إذا كان لأحدهما ما دون الثلاثة ، وللآخر اكثر : فهو لصاحب الكثير ـ وكذا ذكر محمد في «كتاب الإقرار » ، وذكر « في كتاب الدعوى » أن لكل واحد منهما ما تحت خشبته ، ولا يكون له كل الحائط .

وإن لم يكن لهما جذوع ، ولأحدهما اتصال بالبناء من جانب واحد . أي يكون بعض ألبان الحائط المدعى به في حائط مملوك له ـ قال : صاحب الاتصال أولى .

وذكر في « الأصل » أنه إذا كان اتصال تربيع : فهو أولى من صاحب الجذوع .

وروي عن أبي يوسف أنه إذا كان الاتصال من الطرفين : كان أولى من صاحب الجذوع .

والمراد من اتصال التربيع أن يكون بعض الألبان متداخلا في البعض ،كالأزْج[1] والطاقات[2]،وأبو يوسف اعتبر هذا في جانبي الحائط

---

(١) الأزج بيت يبنى طولاً ويقال الأزْج السقف والجمع آزاج .
(٢) الطاق ما عُطف من الأبنية والجمع طاقات وطيقان .

المدعى به متصلا بحائطي المدعى ، لأن هذا دليل على أن باني الحائط هو ، ثم لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع في هذه المسألة .

وكذا إذا كان له جذع واحد : فالحائط لصاحب الأكثر ، وله حق الوضع ، وليس لصاحبه أن يرفع إلا إذا أقام البينة أن الحائط له ، فحينئذ يرفع ، لأن البينة دليل مطلق .

وإن كان خُصّا[١] بين شخصين ، والقُمُط[٢] إلى أحدهما ، وادعى كل واحد الخُصّ : فهو بينهما عند أبي حنيفة ولا يرجح بكون القمط في جانبه . وقالا بأن صاحب القمط أولى .

ولو كان وجه البناء أو الطاقات على الحائط في أحد الجانبين : فلا يرجح هذا ، بالإجماع ، لأن هذا لا يختص بالملك .

ولو كان لأحدهما سفل ، وللآخر علو : فليس لصاحب السفل أن يتصرف تصرفا لم يكن في القديم ، وإن كان لا يتضرر به صاحبه عند أبي حنيفة . وعندهما : لا بأس به اذا لم يكن فيه ضرر - وكذا صاحب العلو .

ولو انهدما ، فامتنع صاحب السفل عن البناء : لا يجبر عليه ، لأن الإنسان لا يجبر على عمارة بيته ، لكن يقال لصاحب العلو : « ابن بمالك السفل ، وضع عليه علوك ، وارجع عليه بقيمته مبنيا ، وامنع الآخر عن السكنى حتى يدفع القيمة » .

وكذا الجواب في الحائط بين الدارين .

ولو هدمه أحدهما : يجبر على العمارة - والله تعالى أعلم .

---

(١) الخص البيت من العقب والجمع أخصاص .

(٢) القُمُط الشُّرُط جمع شريط وهو ما يعمل من ليف وخوص وقيل القمط الخُشُب التي تكون على ظاهر الخص أو باطنه يشد اليها حَرادِيُّ القصب أو رؤ وسه .

كتاب
الإقرار

قال رحمه الله :

يحتاج في هذا الكتاب إلى :
بيان كون الإقرار حجة ،
وإلى بيان ألفاظ الإقرار ،
وإلى بيان شرائط صحته ،
وإلى بيان أنواع المقر به ،
وما يتصل بذلك من الفرق بين حالة الصحة وحالة المرض .

أما بيان كون الإقرار حجة :

فإنه خبر صدق ، أو راجح صدقه على كذبه ، فإن المال محبوب المرء ، طبعا ، فلا يقر به ، لغيره ، كاذبا .

وأما بيان ألفاظ الإقرار - فنقول :

إذا قال : « لفلان عليَّ كذا » أو « لفلان قِبَلي كذا » - فهو إقرار ، لأن « علي » كلمة إيجاب لغة ، والقَبالة والكفالة اسم للضمان .

وكذا إذا قال : « لفلان في مالي ألف درهم » - فهو إقرار له بذلك في مال . لكن لم يبين محمد في « الأصل » أنه يكون مضموناً أو لا ، وذكر أبو بكر الرازي ، أنه إقرار بالشركة ، فيكون ذلك القدر المقر به عنده أمانة

وقال بعض مشايخ العراق : إن كان ماله محصوراً : فهو إقرار بالشركة ، وإ كان غير محصور : فهو إقرار في ذمته .

وإن قال : « له من مالي ألف درهم » - فهو هبة : لا تصير ملكاً له إلا بقبوله والتسليم من المقر .

ولو قال : « له عندي ألف درهم » - فهو وديعة .

وكذا لو قال : « معي » أو « في منزلي » أو « في بيتي » أو « في صندوقي » أو « في كيسي » - لأنها لا تختص بالإيجاب ، فيحمل على الأدنى .

هذا الذي ذكرنا إذا ذكر هذه الألفاظ مطلقاً .

فأما إذا قرن بها لفظاً آخر ، مخالفاً للأول في المعنى ، بأن قال : « لفلان عليّ - أو : قِبَلي - ألف درهم وديعة » : يكون وديعة ، لأنه بيان معتبر ، فيصح ، بشرط الوصل ، كالاستثناء .

أما إذا ذكر مطلقاً وقال : « عنيت به الوديعة » - لا يصدق ، لأنه خلاف الظاهر ، فلا يصدق على الغير .

وإن قال « لفلان عندي - أو : معي - ألف درهم قرضاً » - فهو إقرار ، لأنه بيان معتبر .

ولو قال : « عندي كذا ، وأعني به الإقرار » - صدق ، وإن فصل ، لأن هذا إقرار على نفسه ، فلا يتهم .

ولو قال : « له من مالي ألف درهم لا حق لي فيها » - فهو إقرار .

ولو قال : « لفلان عندي ألف درهم وديعة قرضاً ، أو وديعة ديناً ، أو مضاربة قرضا أو دينا ، أو بضاعة قرضاً أو دينا » - فهو إقرار إذا ادعى المقر له الدين ، لأن الضمان قد يطرأ على الأمانة .

ولو قال : « لفلان عندي ألف درهم عارية » ـ فهو قرض .

وكذا في كل ما يكال أو يوزن ـ لأن إعارة ما لا ينتفع باعيانها إلا بالاستهلاك : يكون قرضاً في العرف .

وأما بيان الشرائط :

فالعقل والبلوغ : شرط ، بلا خلاف ، لأنه لا يصح بدونهما التصرف الضار .

وأما الحرية : فهي شرط في بعض الأشياء ، دون بعض ، على ما نذكر .

وكذا الرضا والطوع : شرط ـ حتى لا يصح إقرار المكره بشيء ، على ما يعرف في « كتاب الإكراه » .

وأما بيان أنواع المقر به :

فهو نوعان في الأصل : حقوق الله تعالى ، والثاني حقوق العباد .

أما حقوق الله تعالى ـ فنوعان :

أحدهما ـ أن يكون خالصا لله : كحد الشرب ، والزنا ، والسرقة ـ والإقرار به صحيح ، من الحر والعبد .

ولو رجع المقر عن ذلك ، قبل الاستيفاء : بطل الحد ، لاحتمال الصدق في الرجوع ، فأورث شبهة .

ويكتفى في ذلك بالإقرار مرة ، إلا في الزنا : فإنه يشترط العدد أربع مرات ، لحديث ماعز ، بخلاف القياس .

وروي عن أبي يوسف أنه اعتبر عدد الإقرار بعدد الشهادة : فشرط في السرقة والشرب : الإقرار مرتين ـ لكن روي عنه أنه رجع .

ويستوي الجواب ، في الإقرار بالحدود بين تقادم العهد وعدمه ، إلا في شرب الخمر : فإنه لا يؤخذ به عند أبي حنيفة وأبي يوسف بعد ذهاب رائحة الخمر ، استحسانا ـ لحديث ابن مسعود . وعند محمد : يؤخذ به وهو القياس .

فأما حد القذف : فقد ذكرناه في كتاب الحدود .

وأما حقوق العباد ـ فأنواع :

منها ـ القصاص والدية .

ومنها ـ الاموال .

ومنها ـ الطلاق والعتاق وحق الشفعة ـ ونحو ذلك .

والمال قد يكون عينا وقد يكون دينا ، وقد يكون معلوما وقد يكون مجهولا ، وقد يكون الإقرار في الصحة وقد يكون في المرض ـ فنذكر جملة ذلك ان شاء الله تعالى .

أما إقرار العبد ـ فنذكره في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى .

وأما الحر ـ فإقراره بالمال ، صحيح ، كيفما كان ، سواء كان بالمال المقرّ به عيناً أو ديناً ، وسواء كان معلوما أو مجهولا ، وعليه البيان . فجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ، وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة والقضاء ، لأنه لا يمكن القضاء بالمجهول ، فأما في الإقرار فيؤمر بالبيان والقول قوله ـ بيانه :

ـ إذا أقر انه « غصب من فلان مالا » أو « لفلان عليه شيء أو حق » ـ فإنه يؤمر بالبيان : فإذا بين شيئا له قيمة ، ويجري فيه المنع والشح : يصدق . وإن كان بخلافه : يجبر على بيان شيء له قيمة .

ـ في الغصب إذا قال : « غصبت منه شيئا » ـ فبين ما لا قيمة له ،

بأن قال « غصبت منه صبيا حراً صغيراً » أو « خمراً لمسلم » أو « جلد ميتة » : يصدق ، لأن هذا مما يغصب عادة .

ـ ولو قال : « غصبت شاة أو عبدا أو جارية » فبين سليما أو مع العيب، أو قال : « غصبت دارا » فبين في بلدة قريبة أو في بلدة بعيدة ـ يصدق ، لأن الغصب يكون على ما يتفق فيكون القول قوله ، إلا أن في غصب الدار : إن أمكنه تسليمها إليه : يسلم ، ولا ضمان عليه إن خرجت أو عجز عن التسليم إلا عند محمد : فإنه يجب عليه القيمة عند العجز ـ وهي مسألة معروفة .

ـ ولو قال : « عليّ قفيز حنطة » ـ فهو بقفيز البلد الذي أقر فيه ، فكذلك الرطل والأمنان والصنجات ـ فذلك كله على وزن البلد .

ـ ولو قال : «عليّ ألف درهم » ـ فهو على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان أو العدد ،وإن لم يكن شيئا متعارفا ، فيحمل على وزن سبعة ، فإنه الوزن المعتبر في الشرع ، وكذلك في الدينار : يعتبر وزن المثاقيل إلا في موضع يتعارف فيه بخلافه .

ـ ولو قال : « لفلان عليّ دريهم » أو « دنينير » ـ فعليه التام ، لأن التصغير قد يذكر لصغر الحجم ، وقد يكون لاستحقار الدرهم ، وقد يكون لخفة الوزن ، فلا ينتقص الوزن بالشك .

ـ ولو قال : « لفلان عليّ دراهم أو دنانير » ـ يقع على ثلاثة ، لأنها أقل الجمع .

ـ ولو قال : « علي دراهم كثيرة » ـ يقع على عشرة عند أبي حنيفة ، وعندهما : على النصاب وهو مائتا درهم .

ـ ولو قال : « عليّ مال عظيم » أو « كثير » أو « كبير » ـ فعليه مائتا

درهم ، بلا خلاف ، عند بعضهم . وقيل : على قول ابي حنيفة : يقع على العشرة . وقيل : يعتبر حال المقر : إن كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء ، وإن كان فقيرا يقع على النصاب .

- ولو قال : « غصبت إبلا كثيرة » أو « شياها كثيرة » - يقع على أقل النصاب من جنسه .

- وإن قال : « عليّ حنطة كثيرة » - يقع عندهما على خمسة أو سق ، وعند أبي حنيفة : البيان إليه .

- وإن قال : « عليّ أموال عظام » - روي عن أبي يوسف أنه يقع على ستمائة ، لأن أقل الجمع ثلاثة .

ولو قال : « عليّ ثلاثة دراهم غير درهم » - يلزمه درهمان ، لأن كلمة « غيرَ » بالنصب للاستثناء .

- وكذا إذا قال : « عليّ ثلاثة آلاف درهم غير ألف » - يلزمه ألفان لما قلنا .

- وكذا لو قال : « علي ثلاثة دراهم إلا درهما » - فعليه درهمان .

- ولو قال : « علي عشرة إلا ثلاثة » - يلزمه سبعة .

- ولو قال : « إلا سبعة » : يلزمه ثلاثة ، لأن الاستثناء تكلم بالباقي .

وفي الاستثناء من الاستثناء : يكون الاستثناء من المستثنى ، لا من المستثنى منه ، ويلحق ذلك بالمستثنى منه .

- إذا قال : « على عشرة دراهم إلا ثلاثة إلا درهما » - يلزمه ثمانية ، لأن ثلاثة صارت مستثناة من العشرة ، ثم الاستثناء الثاني من الثلاثة ،

لأنه أقرب إليه ، فيخرج درهم ويلتحق بالمستثنى منه ، وهو سبعة ، فصار ثمانية .

ـ ولو قال : « لفلان عليَّ عشرة دراهم إلا ثوبا » ـ لا يصح الاستثناء عندنا . وعند الشافعي : يصح ، ويخرج قدر قيمة الثوب .

ـ ولو استثنى شيئاً من المكيل والموزون ، بأن قال : « عليّ عشرة دراهم إلا قفيز حنطة » أو علي « مائة دينار إلا عشرة دراهم » ـ يصح الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله ، ويخرج من المستثنى منه قدر قيمة القفيز والعشرة ، لأن الجنس واحد وهو القدر ، وقال محمد وزفر رحمهما الله : لا يصح الاستثناء كما في الثوب .

ـ ولو قال لفلان : « عليّ الف درهم إلا قليلا » ـ يلزمه اكثر من النصف ، والقول قوله في الزيادة مع يمينه .

ـ وكذا إذا قال : « عليَّ قريب من ألف » أو « زهاء ألف » أو « عُظْم الألف » لأن هذا أكثر من النصف بيقين ، وفي الزيادة : القول قوله .

ـ ولو قال : « علي ألف ونيف » ـ فعليه الألف ، وعليه بيان النيف ، لأنه عبارة عن الزيادة .

ولو قال : « عليَّ ألف ودرهم » أو « عليَّ مائة ودينار » ـ يكون المعطوف عليه من جنس المعطوف ، بالاتفاق .

وكذلك في جميع المكيل ، والموزون ، والعددي المتقارب .

ـ وأما في العروض والعددي المفاوات ، بأن قال : « عليّ عشرة وثوب» أو « عشرة وعبد » أو « عشرة ودابة » ـ فعلى قول محمد : يلزمه المعطوف المسمى ، والقول قوله في بيان المعطوف عليه ؛ وعلى قول أبي يوسف : يكون المعطوف عليه من جنس المعطوف ، لأن العرف على هذا .

ولـو قـال : « لفـلان عـليَّ ألف ـ لا ! بـل الفـان » ـ فجملة هـذا ان « الاستـدراك في الاقرارات ثـلاثة أنـواع : إما أن يكـون في خلاف جنس الأول ، أو يكـون في جنس الأول واستـدرك الغلط في القــدر من الكثـرة والقلة ، أو في الصفة من الجودة والرداءة .

فأما الأول ـ فبأن يقول : « عليّ ألف درهم ـ لا ! بل مـائة دينـار » أو « كر حنطة ـ لا ! بل كر شعير » . وحكمه أنـه يلزمها جميعـا ، لأن الغلط فيه نادر ، والنادر ملحق بالعدم .

وأمـا الثاني ـ بـأن قال « عـليّ ألف درهم ـ لا ! بل ألفـان » أو قال : « علي دينار ـ لا ! بل ديناران » فيلزمه الأكثر ، استحسـانا ، والقيـاس أن يلزمها جميعا ، كما في خلاف الجنس ، وكـما في الطلاق إذا قـال : « أنت طـالق واحدة ـ لا ! بـل ثنتـين » ـ يقـع الثـلاث ، وهـو قـول أبي يـوسف ومحمد ، وفي الاستحسان أنه إخبار ، ويجري فيه الغلط ، فيصـح التدارك بخـلاف إنشاء الـطلاق حتى إن في الإخبار كـذلـك ، بـأن قـال : « كنت طلقت امرأتي أمس واحدة ـ لا ! بل ثنتين » : يقع على الأكثر .

وأما الثالث ـ بأن قال : « علي ألف درهم سود ـ لا ! بل بيض » . أو قال : « عليّ قفيز حنطة جيدة ـ لا ! بل وسط » : فيلزمه الأجود .

ـ ولـو قال : « لفـلان عليّ ألف ثمن مبيع إلا أنه زيـوف » ـ فعند أبي حنيفة رحمة الله عليه : يلزمه الجيد ، ولا يصدق ، سواء وصل أو فصل ، كـما لو قـال : « بعتـك هـذا العبـد عـلى أنه معيب » : لم يصـدق ، وإن وصل ـ وعندهما : إن وصل يصدق ، وإن فصل لا يصدق .

وفي القرض روايتان عنه .

ـ وإذا قال : « علي ألف درهم » مطلقا ، ثم قال « زيوف » ـ يصـدق بشرط الوصل في قولهم .

وفي الغصب والوديعة : يصدق ، وصل أو فصل .

ـ ولو قال : « عليّ من ثمن بيع ، ألف دُرهم ستوقة[1]، أو رصاصا » ـ لا يصدق عند أبي حنيفة ، وعن أبي يوسف أنه يصدق إذا وصل .

وفي البيع الفاسد وفي الغصب والوديعة : يصدق في الستوقة ، بشرط الوصل ، في قولهم جميعا .

ـ ولو قال : « له عليّ ألف درهم » ثم قال : « هو ثمن عبد لم أقبضه منه » ـ لم يصدق في قول أبي حنيفة ، إلا أن يقول موصولا ، والعبد قائم بعينه ، في يد المقر له ، وعندهما : إن صدقه المقر له كان القول قوله ، وإن لم يصدقه كان الألف له ، لازما عليه .

ـ ولو قال : « اقتضيت من فلان ألف درهم التي لي عليه » أو قال : « استوفيت » أو « قبضت » أو « أخذت » ـ وقال المقر له : « لم يكن لك عليّ شيء » ـ يؤمر بردها إليه ، مع يمينه ، على ما يدعيه المقر .

ـ ولو قال : « أخذت من فلان ألف درهم وديعة » ، فقال فلان : « بل أخذتها غصبا » ـ فالقول قول المقر له ، لما قلنا .

ـ ولو قال : « أودعني فلان ألف درهم » أو قال : « أعطاني وديعة » ، فقال : « لا ! بل أخذتها غصبا » ـ فالقول قول المقر ، لأنه ما أقر بسبب الضمان ، وهو الأخذ .

ثم الإقرار في حالة الصحة ـ يصح للأجنبي والوارث جميعا ، من جميع المال ، ولا يكون الدين المتقدم أولى ، ويكون الغرماء أسوة إذا صار مريضا : ليس له أن يؤثر البعض في القضاء ، وفي الأداء في حالة الصحة له أن يؤثر البعض ، لأن الدين يثبت في الذمة حالة الصحة ، وإنما ينتقل

---

(١) السّتوق ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب الأكثر .

إلى المال بالمرض ـ فكذلك على هذا .

أما الإقرار في المرض ـ فيصح للأجنبي من جميع المال ، ولا يصح للوارث إلا إذا أجاز الورثة ، لكن دين الصحة مقدم على دين المرض الثابت بإقراره . أما إذا ثبت بالبينة ، أو بمشاهدة القاضي ، فهما سواء .

وإقرار المريض باستيفاء الدين في حالة المرض : يصح ، سواء كان دين الصحة أو دين المرض في الجملة ـ وهذا في حق الأجنبي ، وله تفاصيل كثيرة .

وأما الإقرار بالوارث من المريض أو من الصحيح ـ فنوعان : في حق النسب ، وفي حق الميراث .

أما في النسب ـ فمن الرجل يصح بخمسة نفر : بالوالدين ، وبالولد ، وبالزوجة ، وبكونه مولى لفلان ـ لأنه ليس فيه تحميل النسب على غيره .

ومن المرأة يصح بأربعة : بالوالدين ، وبالزوج ، وبالولاء ، دون الولد ، لأن فيه تحميل النسب على الغير .

ولا يصح الإقرار بالأخ والعم والخال في حق النسب ونحو ذلك ، لما فيه من تحميل النسب ، فلا بد من البينة .

فأما في حق الميراث ـ فإن لم يكن للمقر وارث ظاهر : صح إقراره في حق الإرث ، لأنه إقرار على نفسه . فأما إذا كان له وارث ظاهر : فلا يصح في حقه ، وإن كان الذي أقر به ، مقدما عليه ، بأن أقر بالأخ وله خال وعمة، لأن فيه إبطال حق القريب . وكذلك لو كان له مولى الموالاة ، لأنه آخر الورثة ، فلا يصح إقراره في حقه .

ولو أوصى بجميع ماله ، ثم أقر بأخ : صح إقراره ، وتنفذ الوصية من الثلث .

وكذا لو أقر بأخ ، ثم أوصى بجميع ماله : يصح من الثلث ، لأن إقراره بالأخ صحيح في حقه إن لم يصح في حق غيره .

ولو أقر بالأخ ، ثم رجع : صح ، لأنه ثبت بقوله .

وعلى هذا ـ الوارث إذا أقر بوارث آخر : يصح في حق نصيبه ، حتى إن الأخ إذا أقر بأخ آخر ، فإن ما في يده يكون بينهما نصفين .

وهذا كله إذا صدقه المقر له في ذلك ، فأما إذا لم يصدقه : لم يثبت .

كتاب
الوصايا

في هذا الكتاب فصلان :
فصل في الوصية ،
وفصل في الإيصاء .

نبدأ بالوصية ـ فنقول :

نحتاج إلى :
بيان الوصية ،
وإلى بيان صفة المشروعية ،
وإلى بيان شرائط الصحة ،
وإلى بيان الموصى به ،
وإلى بيان الموصى له ،
وما يتصل بهذه الجملة .

أما الوصية

فهي تمليك ، مضاف إلى ما بعد الموت ، بطريق التبرع ، إذ التمليك أنواع ثلاثة ، فلا بد لكل نوع من اسم خاص ليتميز عن صاحبه : فالبيع اسم لتمليك عين المال بعوض في حالة الحياة، والهبة والصدقة تمليك عين المال بغير عوض في حالة الحياة بطريق التبرع ، والعارية تمليك المنفعة بطريق التبرع في حالة الحياة ـ فيكون الوصية اسماً لتمليك المال ، بعد

الموت ، بطريق التبرع ، في العين والمنافع جميعاً .

فأما الإعتاق في مرض الموت تنجيزاً ، وكذا الهبة ، والمحاباة - فليست من جملة الوصية : فإنها نافذة للحال . وكذلك الكفالة ، وضمان الدرك[1] - لكن في معنى الوصية على معنى أنه يعتبر من ثلث المال ، لتعلق حق الغرماء بالتركة في مرض الموت .

ولو كان عليه حجة الإسلام ، أو الزكاة ، أو الكفارات ، وجبت في الصحة أو في المرض - فيبطل بالموت عندنا . ولو أوصى بها : تصح من الثلث ، بمنزلة التبرع في المرض .

وعلى هذا قلنا : إن القبول من الموصى له ، والرد ، يعتبر بعد الموت ، لأن الإيجاب ينزل بعد الموت ، والقبول يشترط عند الإيجاب ، كما في البيع وغيره - وهذا عندنا .

وعند زفر : القبول ليس بشرط ، ولا ترتد بالرد ، كالميراث .

ولو رد ، أو قبل ، في حياة الموصي : لا يصح - حتى لو مات الموصى له ، بعد القبول ، قبل موت الموصي : فإن الوصية لا يكون ملكاً لورثة الموصى له .

ولو مات الموصى له ، بعد موت الموصي ، قبل القبول والرد : فالقياس : أن لا يكون لورثة الموصى له شيء ، لأن القبول لم يوجد من الموصى له ، فيبطل . وفي الاستحسان : يصير لورثته : إما لأنه وجد القبول منه دلالة ، أو لأن الإيجاب قد تم بنفسه ، وتوقف على قبوله ، فاذا مات : ثبت الملك له ، كأنه قبل دلالة - كالمشتري بالخيار : إذا مات يلزم العقد . فلو رد ورثته بعد موته - هل يصح ردهم ؟ اختلف المشايخ فيه : قيل : يجوز الرد ، لأنه صح لوجود القبول منهم دلالة ، فإذا وجد الرد

---

(١) الدرك « هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

صريحاً : يبطل . وقيل : لا يجوز ، لأنه صار ميراثاً ، للورثة ، عن الموصى له ، لصيرورته ملكاً له ، بالموت ، ولا يصح رد الميراث .

وأما بيان المشروعية ـ فنقول :

قال بعضهم : مشروعة، بصفة الوجوب ، في حق الكل .

وقال بعضهم : واجبة في حق الوالدين ، لقوله تعالى : ﴿ الوصية للوالدين والأقربين ﴾[1] .

والصحيح أنها مشروعة بطريق الندب ، لقوله عليه السلام : « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم ، في آخر أعماركم ، زيادة في أعمالكم » .

وأما شرائط الصحة :

فمنها ـ أهلية التبرع : حتى لا يصح من الصبي ، والعبد والمكاتب في حق المولى .

ومنها ـ عدم الدين : لقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾[2].

ومنها ـ التقدير بثلث التركة : حتى إنها لا تصح ، فيما زاد على الثلث ، إلا أن يجيز الورثة ، وإجازتهم وردهم يصح بعد الموت . أما قبل الموت : فلا يصح ، لما قلنا : إن الملك بالوصية يثبت بعد الموت .

ومنها ـ أن يكون الموصى له أجنبياً : حتى إن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة ، لقوله عليه السلام : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » ـ فإن أجاز بعض الورثة : تنفذ بقدر حصته من الميراث لا غير .

---

(١) البقرة : ١٨٠ .

(٢) وردت في الآيتين ١١ و ١٢ من سورة النساء .

ومنها ـ أن لا يكون قاتلاً ، لقوله عليه السلام : « لا وصية لقاتل » . ولو أجاز الورثة : يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنه لا يجوز لحق الورثة ، فيجوز بإجازتهم ، كما في وصية الوارث . وعند أبي يوسف : لا يجوز ، لأن المانع حق الله تعالى ، فصار كالميراث .

ومنها ـ أن يكون الموصى له موجوداً، حياً: حتى لو أوصى للجنين : إن كان موجوداً حياً عند الإيصاء ، يصح، وإلا فلا . وإنما يعرف بأن ولد ، قبل ستة أشهر ، حياً .

وأما بيان الموصى به :

فالموصى به يجب أن يكون مالاً .

ثم المال نوعان : المنافع ، والأعيان .

أما الوصية بالمنافع :

فجائزة ـ بأن أوصى بخدمة عبد بعينه ، لفلان : يكون وصية بالخدمة له ، وعين العبد تكون للورثة ، ما دام الموصى له حياً ، وإذا مات فيسلم العبد إلى الورثة ، فإنها في معنى العارية المؤبدة ، فينتهي بموت الموصى له .

وكذا لو أوصى بالعبد لإنسان وبخدمته لآخر ـ جاز ، لما قلنا .

وكذا لو أوصى بسكنى داره ، أو بغلة بستانه ، ولم يوقت في ذلك وقتاً ـ فيكون للموصى له مدة حياته ، ويعود البستان والدار إلى الورثة ، وما كان من الثمرة والغلة حاصلاً قبل موت الموصى له ، فيكون لورثته ، وما يحصل بعد موته يكون لورثة الموصي . وإنما يجوز إذا خرج من الثلث ، وإنما يعتبر خروج قيمة الأعيان التي أوصى بغلتها وخدمتها وثمرتها من الثلث ، دون أن يضم الغلة وقيمة الثمرة والخدمة إلى رقبة الأعيان .

ولو أوصى بالثمرة أو بالغلة للمساكين : جاز ، بالإجماع .

ولو أوصى بسكنى داره ، أو بخدمة عبده ، أو بظهر فرسه للمساكين : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : يجوز .

ولو أوصى لفقير واحد بعينه : جاز - وهي مسألة معروفة .

وأما الوصية بأعيان الأموال :

فإنه يجوز ، سواء كان الموصى به موجوداً معيناً ، أو بربع المال أو ثلثه أو خمسه وله مال ، أو أوصى بالمعدوم ، بأن يوصي بما يثمر نخله أو ما يخرج من بستانه ، أو بثلث ماله ولا مال له : فإن الوصية جائزة من الثلث . ويعتبر الثلث وقت موت الموصى ، لا قبله ، لما ذكرنا أنها إيجاب الملك عند الموت - حتى إنه لو أوصى بثلث ماله وله ثلاثة آلاف درهم ، ثم مات وله ألف : فإن الوصية تصح في ثلث الألف ، لما قلنا .

ولو أوصى بلبن غنمه ، وأصوافها ، وأولادها ، ثم مات الموصي : فإنه يقع على ما هو الموجود يوم الموت ، دون ما يحدث من بعد الموت ، وإن لم يكن شيئاً موجوداً وقت الموت ؛ بخلاف الوصية بثمرة النخلة : فإنه يقع على الموجود وقت الموت إن كان ، وإن لم يكن : يقع على ما يحدث بعد موت الموصي .

وأما الوصية بالموجود فإن كان شيئاً معيناً : فإنه يصح فيه ، حتى إذا خرج من الثلث : يكون للموصى له ، وإن لم يكن يخرج : يكون له بقدر الثلث . وإذا هلك ثلثاه وبقي الثلث : يكون كل الثلث له إن خرج من ثلث المال .

وأما إذا كانت الوصية بثلث المال أو بربعه ونحو ذلك : فإن خرج : يكون له ؛ وإن لم يخرج : يكون له بقدر الثلث .

وأما اذا اجتمعت الوصايا : لأحدهم بالثلث ، ولآخر بالربع ولآخر

بالخمس : فإن أجاز الورثة : جاز في الكل . وإلا : يصرف إلى كل واحد منهم من الثلث بقدر وصيته ، ويتضاربون في ذلك : فيكون ثلث الثلث لهذا وربع الثلث وخمس الثلث للآخرين كما في المواريث .

وإن كان وصية أحدهم أكثر من الثلث ، بأن أوصى له بالنصف أو بالثلثين :

فعند أبي حنيفة : يضرب من زاد نصيبه على الثلث بالثلث دون الزيادة ، ومن كان نصيبه دون الثلث فيما سمي له .

وعندهما : يضرب صاحب الزيادة بجميع ما سمي له ، كما في الميراث .

وأجمعوا في خمس وصايا أنه يضرب بما سمي وإن جاوز عن الثلث : في العتق الموقع في المرض ، وفي العتق المعلق بموت الموصي وهو التدبير ، وبالمحاباة في المرض ، وبالوصية بالإعتاق بعد الموت ، وبالوصية المرسلة وهي الوصية بشيء بغير عينه ولا يكون منسوباً إلى جزء من المال نحو الوصية لفلان بمائة درهم ونحوها .

وهل يقدم بعض أصحاب الوصية على البعض ؟ فلا يخلو : إما إن كانت الوصايا للعباد ، أو تقع لله تعالى .

أما إذا كانت الوصايا للعباد - فإنه يقدم العتق الموقع في المرض ، والعتق المعلق بمطلق الموت ، وهو التدبير الصحيح ، والمحاباة في البيع الواقع في المرض . وما سوى هذه الوصايا يتضارب فيها أهل الوصايا على السواء : لا يقدم بعضهم على بعض . وإن ضاق الثلث عن العتق والمحاباة : يبدأ بما بدأ به الموصي منها ، لاستوائهما في القوة ، فترجح بالبداءة - وهو قول أبي حنيفة ، وقالا : يبدأ بالعتق لا محالة ، لأنه لا يحتمل الفسخ .

وأما إذا كانت الوصايا بما هو من حقوق الله تعالى ، نحو الحج والزكاة والكفارات والصدقات ونحوها من أعمال البر ، ينظر :

إن كان كله تطوعاً : بدأ بما بدأ به الموصي ، لاستواء الكل ، في نفسه ، في القوة ، فيترجح بالبداءة ، لأنه هو الأهم عنده ظاهراً ، ولا يقدم الوصية بالإعتاق لأنه يحتمل الفسخ ، كسائر الوصايا ، فإذا بلغ الثلث للكل فبها ونعمت ، وإن في الثلث بالبعض ، يبطل الباقي .

وإن كانت كلها فرائض متساوية ، بأن كان وجوبها ثبت بدليل مقطوع به ، يرجح بالبداءة ، لتساويها في القوة ، وقالوا : في الحج والزكاة عند أبي يوسف ، يقدم الحج في رواية ، وإن أخّره جاز . وفي رواية : يقدم الزكاة ـ وهو قول محمد رحمه الله .

ثم ما أوجبه الله تعالى ابتداء ، أولى مما أوجبه عند فعل من المكلف ، فقالوا : يقدم الحج والزكاة على الكفارات المذكورة في القرآن . ثم هذه الكفارات مقدمة على صدقة الفطر ، والفطرة مقدمة على كفارة الفطر ، لأنها ثبتت بخبر الواحد ، وهي مقدمة على المنذور ، وهو مقدم على الأضحية .

والواجبات كلها مقدمة على النوافل .

وأما إذا كان مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى ، الوصية للآدمي : فإن الموصى له يضرب مع الوصايا بالقرب ، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا يجعل كلها جهة واحدة ، بأن قال « ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد » : يقسم على أربعة أسهم ، لأن كل جهة غير الأخرى ، ولا يقدم الفرض على حق الآدمي ، لحاجة العبد إلى حقه .

ثم إنما يصرف إلى الحج الفرض ، والزكاة ، والكفارات إذا أوصى

بها ، فأما بدون الوصية : فلا يصرف الثلث إليها ، بل يسقط عندنا ، خلافاً للشافعي على ما ذكرنا في الزكاة .

وإذا أوصى : يعتبر من الثلث ، لتعلق حق الورثة بماله في مرض الموت .

وأما بيان الموصى له ، وأحكامه ـ فنقول :

الموصى له يجب أن يكون حياً ، وأن يكون أجنبياً : لا وارث له ، ولا قاتلاً إياه ـ وقد ذكرنا هذا ، حتى لو **أوصى لرجلين أحدهما ميت** : تكون الوصية كلها للحي .

ولو أوصى لأجنبي ولوارثه ـ يكون النصف للأجنبي ، لأن الوارث من أهل الوصية ، حتى لو أجاز باقي الورثة : جاز .

ولو أوصى لذوي قرابته ، أو لأقربائه ، أو لذي قراباته ، أو لأرحامه ، أو لذوي رحم منه ـ فإن عند أبي حنيفة : يعتبر في هذه الوصية أشياء : ذو الرحم المحرم ، والأقرب فالأقرب ، وأن لا يكون فيهم والد ولا ولد ، وأن يكون اثنين فصاعداً إن كان بلفظ الجمع ، أو يقول : « لذوي قرابته » . ولو قال : « لذي قرابته » ـ يقع على الواحد فصاعداً .

وعند أبي يوسف ومحمد : الوصية لجميع قرابته ، من جهة الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام ، القريب والبعيد فيه سواء ـ كما إذا أوصى للعلوية والعباسية : يصرف إلى من يتصل بعلي وعباس رضي الله عنهما ، دون من فوقهما من الآباء .

بيانه :

ـ إذا ترك عمين وخالين : فعنده : الوصية للعمين للقرب ، وعندهما : بين الكل أرباعاً .

ـ ولو ترك عماً وخالين : فللعم النصف ، والنصف للخالين ـ عنده ،

لأن اسم الجمع ، في الوصية ، ينصرف إلى اثنين ، فيستحق كل واحد النصف ، فيكون للأقرب النصف ، والنصف للأبعدين ، بينهما سواء .

ـ وإن ترك عماً واحداً ، ولم يكن له غيره من ذوي الرحم المحرم : فالنصف للعم ، والنصف رد على الورثة عنده . وعندهما : يصرف إلى ذي الرحم الذي ليس بمحرم .

ـ وإن كان أوصى لذي قرابته : فجميع الثلث للعم ، لما بينا .

ولو أوصى لأهل بيت فلان ، أو لحسبه ، أو نسبه ، أو لأنسبائه : فهذا يقع على قرابة أبيه الذين ينسبون إليه ، إلى أقصى أب له في الإسلام ، دون قرابة أمه ، لأن النسب والحسب والبيت يختص بالأب دون الأم .

وكذا لو أوصى لآل فلان : فهو بمنزلة أهل بيت فلان .

ولو أوصى لأهل فلان : فالقياس أن يقع على زوجة فلان خاصة ـ وهو قول أبي حنيفة . وعندهما : يصرف إلى جميع من كان في عياله من الأحرار ، ولا يدخل فيه المماليك ؛ وأما الابن الكبير الذي اعتزل عنه ، والبنت التي في بيت الزوج : فلا تدخل .

ولو أوصى لبني فلان ـ فإن كانوا لا يحصى عددهم ، كبني تميم وبني العباس : فإنه يصرف إلى جميع القبيلة . ويدخل فيهم الحليف والموالي بسبب الولاء والعتاقة ، لأن هذا بمنزلة الصدقة ، وله أن يصرف إلى واحد وأكثر عند أبي يوسف ، لأنه اسم جنس ؛ وعند محمد : يصرف إلى اثنين وأكثر دون الواحد ، لأن اسم الجمع في الوصية يقع على الاثنين ، والذكر والأنثى فيه سواء ، لأنه اسم للقبيلة .

ولو كانوا يحصون ، وأبوهم من العرب : فإنه يدخل فيه بنو فلان من العرب ، دون الحلفاء والموالي .

ثم عند أبي حنيفة : يدخل فيه الذكور من أولاد الصلب ، دون الإناث . وقال أبو يوسف ومحمد : يدخل فيه الكل ، وهو قول أبي حنيفة الأول .

وأجمعوا أنه إذا كان الكل إناثاً : لا يدخلون .

وأما إذا لم يكن لفلان ولد الصلب : فإن الوصية للذكور من أولاد البنين ، عند أبي حنيفة ، وعندهما : يدخل الكل . وهل يدخل بنو البنات ؟ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنهم يدخلون ، وذكر في السير الكبير أنهم لا يدخلون .

ولو كان له ابن واحد ، وبنو بنين : فللابن النصف ، والباقي للورثة ، دون بني البنين . وعندهما : للابن النصف ، والباقي لبني البنين .

ولو كان له ابنان ، وبنو ابن : فالكل للابنين ، لأن الابنين في الوصية بمنزلة الجمع .

ولو كان له ابن واحد ، وبنات : فالنصف للابن ، والباقي للورثة عند أبي حنيفة . وعندهما : للابن النصف ، والباقي للبنات .

ولو كان له بنات ، وبنو ابن : فلا شيء لهم ، بل للورثة ، عنده ، وعندهما : للكل ، على السواء .

ولو أوصى لولد فلان ـ فإنه يدخل فيه الذكر والانثى ، على السواء ، ويدخل فيه الجنين الذي يولد لأقل من ستة أشهر ، ولا يدخل ولد الولد ما دام الصلبي حياً . ولو كان له بنات وبنو الابن : فهي للبنات لا غير . ولو كان ولد واحد : فالكل له ، لأن اسم الولد يقع له .

ولو أوصى لعقب فلان ـ فعقب الرجل هو ولده من الذكور والإناث . فإن لم يكن : فولد ولده من الذكور دون الإناث ، ودون ولد

الإناث . ويكون هذا الاسم بعد موت الأب ، لا قبله ، حتى إن الموصي إذا مات ، وفلان حي : فلا شيء لهم ، لأنهم لا يكونون عقباً حال حياته .

وكذا لو أوصى لورثة فلان - فهو مثل « عقب فلان » ، إلا أن في العقب : سهم الذكر والأنثى سواء ، في الورثة : يكون بينهم على قدر المواريث .

ولو أوصى لعصبة فلان - فإنه يصح الوصية ، وإن لم يمت فلان ، حتى إذا مات الموصي : تصرف الوصية إلى عصبته ، فإن كان له أب وابن : فالعصبة هو الابن دون الأب ، ويكون للأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات .

ولو أوصى لأختانه - فالخَتَن زوج كل ذات رحم محرم منه ، وكل ذي رحم محرم من أزواجهن ، من الذكر والأنثى ، وهم في الوصية سواء .

ولو أوصى للأصهار - فالصهر كل ذي رحم محرم من زوجته ، الذكر والأنثى .

ولو أوصى لأيتام بني فلان - فإنه يقع على من لا أب له .

ولو أوصى لأيامى بني فلان - فالأيم كل امرأة لا زوج لها ، بكراً كانت أو ثيباً ، وعند محمد : يقع على الثيب الأيم . والأرملة كل امرأة محتاجة أرملت من زوجها ومالها .

ثم هذه الوصايا نوعان :

فالوصية **لقوم يحصون** : تقع على عدد رؤوسهم ، على السواء : ذكرهم وأنثاهم ، غنيهم وفقيرهم ، صغيرهم وكبيرهم .

فأما إذا كانوا **لا يحصى عددهم** : فهو على ثلاثة أوجه :

وسنذكر الْمَسْأَلَةَ ـ إن شاء الله ـ في بيان المحظور الذي يفسد الحج؛ وهو الجماع؛ بأن جامع [ثم جامع][(١)] في مجلسين مختلفين. ولو جرح له قرح، أو أصابه جرح، وهو يداويه بالطيب فخرجت قرحة أخرى، أو أصابه جرح آخر والأول على حاله لم يبرأ، فداوى الثاني ـ فعليه كفارة واحدة؛ لأن الأول [إذا][(٢)] لم يبرأ، فالضرورة باقية، فالمداواة الثانية حصلت على الجهة التي حصلت عليها الأولى؛ فيكفيه كفارة واحدة.

ولو حصره عدو فاحتاج إلى لبس الثياب، فلبس ثم ذهب فنزع[(٣)] ثم عاد فعاد[(٤)]، أو كان العدو لم يبرح مكانه، فكان يلبس السلاح فيقاتل بالنهار وينزع بالليل ـ فعليه كفارة واحدة، ما لم يذهب هذا العدو ويجيء عدوٌ آخر؛ لأن العذر واحد، والعذر الواحد لا يتعلق باللبس له إلا كفارة واحدة. والأصل في جنس هذه المسائل: أنه ينظر إلى اتحاد الجهة واختلافها لا إلى صورة[(٥)] اللبس، فإن لبس المخيط أياماً؛ فإن لم ينزع ليلاً ولا نهاراً يكفيه دم واحد بلا خلاف؛ لأن اللبس على وجه واحد.

وكذلك إذا كان يلبسه بالنهار وينزعه بالليل للنوم، من غير أن يعزم على تركه ـ لا يلزمه إلا دم واحد بالإجماع؛ لأنه إذا لم يعزم على الترك كان اللبس على وجه واحد، فإن لبس يوماً كاملاً فأراق دماً، ثم[(٦)] دام على لبسه يوماً كاملاً ـ فعليه دم آخر بلا خلاف؛ لأن الدوام على اللبس بمنزلة لبس مبتدأ؛ بدليل أنه لو أحرم وهو مشتمل على المخيط، فدام عليه بعد الإحرام يوماً كاملاً ـ يلزمه دم. ولو لبسه يوماً كاملاً ثم نزعه وعزم على تركه، ثم لبس بعد ذلك؛ فإن كان كفر للأول فعليه كفارة أُخرى بالإجماع؛ لأنه لما كفر للأول فقد التحق اللبس الأول بالعدم؛ فيعتبر[(٧)] الثاني لبساً آخر مبتدأ، وإن لم يكفر للأول؛ فعليه كفارتان في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف. وفي قول محمد: عليه كفارة واحدة.

وجه قول محمد: إنه ما لم يكفر للأول كان اللبس على حاله، فإذا وجد الثاني فلا يتعلق به إلا كفارة واحدة، وإذا كفر للأول بطل الأول، فيعتبر الثاني لبساً ثانياً[(٨)]؛ فيوجب كفارة أُخرى، كما إذا جامع في يومين من شهر رمضان. ولهما: أنه لما نزع على عزم الترك، فقد انقطع حكم اللبس الأول، فيعتبر الثاني لبساً مبتدأ؛ فيتعلق به كفارة أُخرى.

والأصل عندهما: أن النزع على عزم الترك يوجب اختلاف اللبستين في الحكم، تخللهما التكفير أولاً. وعنده: لا يختلف إلا إذا تخللهما التكفير.

---

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.
(٣) في أ: ونزع.
(٤) في أ: فعادوا.
(٥) في أ: ضرورة.
(٦) في أ: فإن.
(٧) في أ: فتعين.
(٨) في أ: آخر.

ولو لبس ثوباً مصبوغاً بالورس أو الزعفران فعليه دم؛ لأن الورس والزعفران لهما رائحة طيبة، فقد استعمل الطيب في بدنه فيلزمه الدم، وكذا إذا لبس المعصفر عندنا؛ لأنه محظور الإحرام عندنا؛ إذ المعصفر طيب؛ لأن له رائحة طيبة وعلى القارن في جميع ما يوجب الكفارة، مثلاً ما على المفرد من الدم والصدقة عندنا؛ لأنه محرم بإحرامين، فأدخل النقص في كل واحد منهما، فيلزمه كفارتان، والله أعلم بالصواب

فَصْل فيما يرجع إلى الطيب

وأما الذي يرجع إلى الطيب وما يجري مجراه، من إزالة الشعث، وقضاء التفث: أما الطيب فنقول: لا يتطيب المحرم لقول النبي ﷺ ـ: **«المحرم الأشعث الأغبر»**، والطيب ينافي الشعث.

وروي: أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وعليه مقطعان مضمخان[1] بالخلوق، فقال: ما أصنع في حجتي يا رسول الله؟ فسكت النبي ﷺ حتى أوحى الله إليه، فلما سرى عنه قال ﷺ:
٢٥٦أ **«أين/ السائل»** فقال الرجل: أنا. فقال: **«اغسل هذا الطيب عنك، واصنع في حجتك ما كنت صانعاً في عمرتك»**[2]. وروينا: أن محرماً وقصت به ناقته، فقال النبي ﷺ ـ: **«لا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيباً؛ فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً»**[3]. جعل كونه محرماً علة حرمة تخمير الرأس والتطيب في حقه، فإن طيب عضواً كاملاً كالرأس والفخذ والساق ونحو ذلك فعليه دم، وإن طيب أقل من عضو فعليه صدقة. وقال محمد: يقوم ما يجب فيه الدم، فيتصدق بذلك القدر، حتى لو طيب ربع عضو فعليه من الصدقة قدر قيمة ربع شاة، وإن طيب نصف عضو تصدق بقدر قيمة نصف شاة هكذا.

وذكر الحاكم في «المنتقى» في موضع: إذا طيب مثل الشارب أو بقدره من اللحية فعليه

---

(١) في أ: مضمخات.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٥٤١ـ فتح الباري): كتاب جزاء الصيد: باب إذا أحرم جاهلاً وعليه قميص، حديث (١٨٤٧)، ومسلم (٤/ ٣٣٢ ـ نووي): كتاب الحج: باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة، حديث (١١٨٠)، وأبو داود (٢/ ١٦٤): كتاب المناسك (الحج): باب الرجل يحرم في ثيابه، حديث (١٨١٩)، والترمذي (٣/ ١٨٧): كتاب الحج: باب ما جاء في الذي يحرم وعليه قميص أو جبة، حديث (٨٣٥، ٨٣٦)، والنسائي (٥/ ١٣٠): كتاب المناسك: باب الجبة في الإحرام، حديث (٢٦٦٨)، وذكره الحافظ ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٢/ ٥١٩، ٥٢٠)، حديث (١٠٨٧)، وعزاه لهؤلاء، وقال: قال البيهقي: رواه جماعات غير نوح بن حبيب فلم يذكروها، ولم يقبلها أهل العلم بالحديث من نوح.
الحديث من طريق صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه به.

(٣) تقدم تخريجه قريباً.

صدقة. وفي موضع: إذا طيب مقدار ربع الرأس فعليه دم، أعطى الربع حكم الكل كما في الحلق.

وقال الشافعي: في قليل الطيب وكثيره دم؛ لوجود الارتفاق. ومحمد اعتبر البعض بالكل؛ والصحيح: ما ذكر في الأصل؛ لأن تطييب عضو كامل ارتفاق كامل؛ فكان[1] جناية كاملة؛ فيوجب كفارة كاملة، وتطييب ما دونه ارتفاق قاصر؛ فيوجب كفارة قاصرة؛ إذا الحكم يثبت على قدر السبب، فإن طيب مواضع متفرقة من كل عضو يجمع ذلك كله، فإذا بلغ عضواً كاملاً يجب عليه دم، وإن لم يبلغ فعليه صدقة لما قلنا.

وإن طيب الأعضاء كلها؛ فإن كان في مجلس واحد فعليه دم واحد؛ لأن جنس الجناية واحد، حظرها إحرام واحد من جهة غير متقومة، فيكفيه دم واحد. وإن كان في مجلسين مختلفين؛ بأن طيب كل عضو في مجلس على حدة، فعليه لكل واحد دم في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، سواء ذبح للأول أو لم يذبح، كفر للأول أو لم يكفر.

وقال محمد: إن ذبح للأول فكذلك، وإن لم يذبح فعليه دم واحدٌ. والاختلاف فيه كالاختلاف في الجماع؛ بأن جامع قبل الوقوف بعرفة، ثم جامع؛ أنه إن كان ذلك في مجلس واحد يجب على كل واحد منهما دم واحد، وإن كان في مجلسين مختلفين؛ يجب على كل واحد منهما دمان في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف. وعند محمد: إن ذبح [للأول فعليه][2] دم آخر، وإن لم يذبح يكفي دم واحد، قياساً على كفارة الإفطار في شهر رمضان، وسنذكر الْمَسْأَلَةَ إن شاء الله تعالى.

ولو أدهن بدهن؛ فإن كان الدهن مطيباً، كدهن البنفسج والورد والزئبق والبان والحري[3]، وسائر الأدهان التي فيها الطيب ـ فعليه دم إذا بلغ عضواً كاملاً. وحكي عن الشافعي: أن البنفسج ليس بطيب؛ وإنه غير سديد، لأنه دهن مطيب فأشبه البان وغيره من الأدهان المطيبة. وإن كان غير مطيب؛ بأن أدهن بزيت أو بشيرج[4]؛ فعليه دم في قول أبي حنيفة. وعند أبي يوسف، ومحمد: عليه صدقة.

وقال الشافعي: إن استعمله في شعره فعليه دم، وإن استعمله في بدنه فلا شيء عليه، احتجا بما روي: «أن رسول الله ﷺ أدهن بزيت وهو محرم» ولو كان ذلك موجباً للدم، لما فعل ﷺ؛ لأنه ما كان يفعل ما يوجب الدم، ولأن غير المطيب[5] من الأدهان يستعمل

(١) في أ: فكانت.
(٢) بدل ما بين المعكوفين في أ: الأول يجب.
(٣) في أ: الخيري.
(٤) في أ: شيرج.
(٥) في أ: الطيب.

استعمال الغذاء، فأشبه اللحم والشحم والسمن، إلا أنه يوجب الصدقة؛ لأنه يقتل الهوام لا لكونه طيباً.

ولأبي حنيفة: ما روي عن أم حبيبة ـ رضي الله تعالى عنها ـ: أنه لما نعى إليها وفاة أخيها قعدت ثلاثة أيام، ثم استدعت بزنة زيت، وقالت: ما لي إلى الطيب من حاجة، لكني سمعت رسول الله ﷺ قال: **«لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ـ أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشر»**[1]. سمت الزيت طيباً، ولأنه أصل الطيب؛ بدليل أنه يطيب بإلقاء الطيب فيه؛ فإذا استعمله على وجه الطيب كان كسائر الأدهان المطيبة، ولأنه يزيل الشعث الذي هو علم الإحرام، وشعاره على ما نطق به الحديث، فصار جارحاً إحرامه بإزالة علمه فتكاملت جنايته فيجب الدم. والحديث: محمول على حال الضرورة[2]؛ لأنه ﷺ كما كان لا يفعل ما يوجب الدم كان لا يفعل ما يوجب الصدقة. وعندهما: تجب الصدقة؛ فكان المراد منه حالة العذر والضرورة، ثم إنه ليس فيه أنه لم يكفر؛ فيحتمل أنه فعل وكفر فلا يكون حجة.

ولو داوى بالزيت جرحه، أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه؛ لأنه ليس بطيب بنفسه[3]، وإن كان أصل الطيب، لكنه ما استعمله على وجه الطيب، فلا تجب به الكفارة؛ بخلاف ما إذا تداوى بالطيب لا للتطيب؛ أنه تجب به الكفارة؛ لأنه طيب في/ نفسه، فيستوي فيه استعماله ٢٥٦ب
للتطيب أو لغيره.

وذكر محمد في «الأصل»: وإن دهن شقاق رجليه طعن عليه في ذلك، فقيل: الصحيح:

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٩٦ـ٥٩٧) كتاب الطلاق: باب ما جاء في الإحداد حديث (١٠١) والبخاري (٩/ ٤٨٤) كتاب الطلاق: باب تحد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشراً حديث (٥٣٣٤) ومسلم (٢/ ١١٢٣ـ١١٢٤) كتاب الطلاق: باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة حديث (٥٨/ ١٤٨٦) وأحمد (٦/ ٣٢٥، ٣٢٦، ٤٢٦) وأبو داود (٢/ ٧٢١ـ٧٢٢) كتاب الطلاق باب إحداد المتوفى عنها زوجها حديث (٢٢٩٩) والترمذي (٣/ ٥٠٠) كتاب الطلاق: باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها حديث (١١٩٥) والنسائي (٦/ ٢٠١) كتاب الطلاق: باب ترك الزينة للحادة المسلمة وابن ماجه (١٠/ ٦٧٣ـ٦٧٤) كتاب الطلاق: باب كراهية الزينة للمتوفى عنها زوجها حديث (٢٠٨٤) وابن الجارود (٧٦٥) وأبو يعلى (١٢/ ٣٩٦ـ٣٩٧) رقم (٦٩٦١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٧٥ـ٧٦) والبيهقي (٧/ ٤٣٩) كتاب العدد: باب كيف الاحداد والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٢٢٠ ـ بتحقيقنا).
من حديث زينب بنت أم سلمة عن أم حبيبة أنها دخلت عليها لما توفي أبوها أبو سفيان... فذكرت الحديث.

(٢) في أ: حالة المضرة.

(٣) في أ: في نفسه.

شقوق رجليه[١]؛ وإنما قال محمد ذلك اقتداء بعمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - فإنه قال هكذا في هذه الْمَسْأَلةِ، ومن سيرة أصحابنا الاقتداء بألفاظ الصحابة، ومعاني كلامهم - رضي الله تعالى عنهم - وإن أدهن بشحم أو سمن فلا شيء عليه؛ لأنه ليس بطيب في نفسه، ولا أصل للطيب؛ بدليل أنه لا يطيب بإلقاء الطيب فيه، ولا يصير طيباً بوجه.

وقد قال أصحابنا: إن الأشياء التي تستعمل في البدن على ثلاثة أنواع: نوع هو طيب محض معد للتطيب به، كالمسك والكافور والعنبر وغير ذلك، وتجب به الكفارة على أي وجه استعمل، حتى قالوا: لو داوى عينه بطيب تجب عليه الكفارة؛ لأن العين عضو كامل استعمل فيه الطيب فتجب الكفارة.

ونوع ليس بطيب بنفسه، ولا فيه معنى الطيب، ولا يصير طيباً بوجه كالشحم، فسواء أكل أو أدهن به أو جعل في شقاق الرجل - لا تجب الكفارة.

ونوع ليس بطيب بنفسه، لكنه أصل الطيب، يستعمل على وجه الطيب، ويستعمل على وجه الإدام، كالزيت والشيرج؛ فيعتبر فيه الاستعمال، فإن استعمل استعمال الأدهان في البدن يعطى له حكم الطيب، وإن استعمل في مأكول أو شقاق رجل لا يعطى له حكم الطيب كالشحم، ولو كان الطيب في طعام طبخ وتغير فلا شيء على المحرم في أكله، سواء كان يوجد ريحه أو لا؛ لأن الطيب صار مستهلكاً في الطعام بالطبخ، وإن كان لم يطبخ يكره إذا كان ريحه يوجد منه، ولا شيء عليه؛ لأن الطعام غالب عليه؛ فكان الطيب مغموراً مستهلكاً فيه. وإن أكل عين الطيب غير مخلوط بالطعام فعليه الدم إذا كان كثيراً.

وقالوا في الملح يجعل فيه الزعفران: أنه إن كان الزعفران غالباً فعليه الكفارة؛ لأن الملح يصير تبعاً له؛ فلا يخرجه عن حكم الطيب. وإن كان الملح غالباً فلا كفارة عليه[٢]؛ لأنه ليس فيه معنى الطيب.

وقد روي عن ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما -: أنه كان يأكل الخشكنابخ الأصفر وهو محرم ويقول: لا بأس بالخبيص الأصفر للمحرم، فإن تداوى المحرم بما لا يؤكل من الطيب، لمرض أو علة، أو اكتحل بطيب لعلة - فعليه أي الكفارات شاء؛ لما ذكرنا: أن ما يحظره الإحرام إذا فعله المحرم لضرورة وعذر - فعليه إحدى الكفارات الثلاث، ويكره للمحرم أن يشم الطيب والريحان، كذا روي عن ابن عمر، وجابر - رضي الله تعالى عنهما -: أنهما كرها شم الريحان للمحرم.

---

(١) في أ: الرجل.
(٢) في أ: فيه.

وعن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ: أنه لا بأس به، ولو شمه لا شَيْءَ عليه عندنا وقال الشافعي: تجب عليه الفدية.

وجه قوله: أن الطيب ماله رائحة [طيبة][1] والريحان [ما][2] له رائحة طيبة، فكان طيباً. وأنا نقول: نعم إنه طيب، لكنه لم يلتزق ببدنه ولا بثيابه شيء منه، وإنما شم رائحته فقط، وهذا لا يوجب الكفارة، كما لو جلس عند العطارين فشم رائحة العطر، إلا أنه كره؛ لما فيه من الارتفاق، وكذا كل نبات له رائحة طيبة، وكل ثمرة لها رائحة طيبة؛ لأنه ارتفاق بالرائحة، ولو فعل لا شيء عليه؛ لأنه لم يلتزق ببدنه وثيابه شيء منه.

وحكي عن مالك: أنه كان يأمر برفع العطارين بمكة في أيام الحج؛ وذلك غير سديد؛ لأن النبي ﷺ وأصحابه لم يفعلوا ذلك، فإن شم المحرم رائحة طيب تطيب به قبل الإحرام لا بأس به؛ لأن استعمال الطيب حصل في وقت مباح؛ فبقي شم نفس الرائحة فلا يمنع منه، كما لو مر بالعطارين.

وروى ابن سماعة عن محمد: أن رجلاً لو دخل بيتاً قد أجمر، وطال مكثه بالبيت، فعلق في ثوبه شيء يسير ـ فلا شيء عليه، لأن الرائحة لم تتعلق بعين، وبمجرد الرائحة لا يمنع منها. فإن استجمر بثوب، فعلق بثوبه شيء كثير فعليه دم؛ لأن الرائحة ـ هٰهنا ـ تعلقت بعين، وقد استعملها في بدنه؛ فصار كما لو تطيب.

وذكر ابن رستم عن محمد، فيمن اكتحل بكحل، قد طيب مرة أو مرتين: فعليه صدقة، وإن كان كثيراً فعليه دم؛ لأن الطيب إذا غلب الكحل فلا فرق بين استعماله على طريق التداوي أو التطيب، فإن مس طيباً فلزق بيده فهو بمنزلة التطيب؛ لأنه طيب به يده؛ وإن لم يقصد به التطيب؛ لأن القصد ليس بشرط لوجوب الكفارة. وقالوا فيمن استلم الحجر فأصاب يده من طيبه: إن عليه الكفارة؛ لأنه استعمل الطيب؛ وإن لم يقصد به التطيب، ووجوب الكفارة لا يقف على القصد. فإن داوى جرحاً أو تطيب لعلة، ثم حدث جرح آخر قبل: أن يبرأ الأول ـ فعليه كفارة واحدة؛ لأن العذر الأول باقٍ، فكان جهة الاستعمال واحدة، فتكفيه كفارة واحدة/ ، كما ١٢٥٧أ
قلنا في لبس المخيط، ولا بأس بأن يحتجم المحرم ويفتصد، ويبط القرحة، ويعصب عليه الخرقة، ويجبر الكسر، وينزع الضرس إذا اشتكى منه، ويدخل الحمام ويغتسل؛ لما روي: أن رسول الله ﷺ احتجم وهو صائم محرم بالفاحة؛ والفصد وبط القرحة والجرح في معنى الحجامة، ولأنه ليس في هذه الأشياء إلا شق الجلدة؛ والمحرم غير ممنوع عن ذلك، ولأنها من

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.

باب التداوي، والإحرام لا يمنع [من التداوي][١]؛ [وكذا جبر الكسر من باب العلاج، والمحرم لا يمنع منه][٢]؛ وكذا قلع الضرس وهو - أيضاً - من باب إزالة الضرر؛ فيشبه قطع اليد من الأكلة؛ وذا لا يمنع منه المحرم؛ كذا هذا.

وأما الاغتسال: فلما روي: أن رسول الله ﷺ اغتسل وهو محرم وقال: «**ما نفعل بأوساخنا**» فإن غسل رأسه ولحيته بالخطمي فعليه دم في قول أبي حنيفة. وعند أبي يوسف، ومحمد: عليه صدقة. لهما: أن الخطمي ليس بطيب، وإنما يزيل الوسخ؛ فأشبه الأشنان؛ فلا يجب به الدم، وتجب الصدقة؛ لأنه يقتل الهوام، لا لأنه طيب.

ولأبي حنيفة: إن الخطمي طيب؛ لأن له رائحة طيبة؛ فيجب به الدم كسائر أنواع الطيب، ولأنه يزيل الشعث، ويقتل الهوام؛ فأشبه الحلق. فإن خضب رأسه ولحيته بالحناء فعليه دم؛ لأن الحناء طيب؛ لما روي: أن رسول الله ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء، وقال: الحناء طيب، ولأن الطيب ماله رائحة طيبة، وللحناء رائحة طيبة؛ فكان طيباً. وإن خضبت المحرمة يديها بالحناء فعليها دم، وإن كان قليلاً فعليها صدقة؛ لأن الارتفاق الكامل لا يحصل إلا بتطييب عضو كامل، والقسط طيب؛ لأن له رائحة طيبة، ولهذا يتبخر به ويلتذ برائحته، والوسمة ليس بطيب؛ لأنه ليس لها رائحة طيبة بل كريهة، وإنما تغير الشعر؛ وذلك ليس من باب الارتفاق بل من باب الزينة، فإن خاف أن يقتل دواب الرأس تصدق بشيء؛ لأنه يزيل التفث[٣].

وروي عن أبي يوسف فيمن خضب رأسه بالوسمة: أن عليه دماً، لا لأجل الخضاب، بل لأجل تغطية الرأس، والكحل ليس بطيب، وللمحرم أن يكتحل بكحل ليس فيه طيب.

وقال ابن أبي ليلى: هو طيب وليس للمحرم أن يكتحل به؛ وهذا غير سديد؛ لأنه ليس له رائحة طيبة فلا يكون طيباً، ويستوي في وجوب الجزاء بالتطيب الذكر والنسيان والطوع والكره[٤] عندنا - كما في لبس المخيط؛ خلافاً للشافعي على ما مر. والرجل والمرأة في الطيب[٥] سواء في الحظر، ووجوب الجزاء؛ لاستوائهما في الحاظر والموجب للجزاء، وكذا القارن والمفرد، إلا أن على القارن مثلي ما على المفرد عندنا؛ لأنه محرم بإحرامين، فأدخل نقصاً في إحرامين؛ فيؤاخذ بجزاءين. ولا يحل للقارن والمفرد التطيب ما لم يحلقا أو يقصرا؛ لبقاء الإحرام قبل الحلق أو التقصير؛ فكان الحاظر باقياً فيبقى الحظر، وكذا المعتمر لما قلنا، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم. والله - تعالى - أعلم.

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في أ: منه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: الشعث.
(٤) في أ: الإكراه.
(٥) في أ: التطيب.

فصل فيما يجري مجرى الطيب

وأما ما يجري مجرى الطيب؛ من إزالة الشعث، وقضاء التفث ـ فحلق الشعر، وقلم الظفر. أما الحلق فنقول: لا يجوز للمحرم أن يحلق رأسه قبل يوم النحر؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تحلقوا رُؤُوسَكُمْ حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة:١٩٦] وقول النبي ﷺ **«المحرم الأشعث الأغبر»**[١] وسئل رسول الله ﷺ ـ: من الحاج؟ فقال: **«الشعث التفث»** وحلق الرأس يزيل الشعث والتفث[٢]، ولأنه من باب الارتفاق بمرافق المقيمين؛ والمحرم ممنوع عن ذلك، ولأنه نوع نبات استفاد الأمن بسبب الإحرام، فيحرم التعرض له، كالنبات الذي استفاد الأمن بسبب الحرم، وهو الشجر والخلي؛ وكذا لا يطلي رأسه بنورة؛ لأنه في معنى الحلق، وكذا لا يزيل شعرة من شعر رأسه ولا يطليها بالنورة لما قلنا.

فإن حلق رأسه: فإن حلقه من غير عذر فعليه دم، لا يجزيه غيره؛ لأنه ارتفاق كامل من غير ضرورة، وإن حلقه لعذر فعليه أحد الأشياء الثلاثة؛ لقوله عز وجل: ﴿فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة:١٩٦] ولما روينا من حديث كعب بن عجرة، لأن الضرورة لها أثر في التخفيف؛ فخير بين الأشياء الثلاثة تخفيفاً وتيسيراً. وإن حلق ثلثه أو ربعه فعليه دم. وإن حلق دون الربع فعليه صدقة؛ كذا ذكر في ظاهر الرواية ولم يذكر الاختلاف.

وحكى الطحاوي في «مختصره» الاختلاف فقال: إذا حلق ربع رأسه يجب عليه الدم في قول أبي حنيفة. وفي قول أبي يوسف، ومحمد: لا يجب ما لم يحلق أكثر رأسه. وذكر القدوري في «شرحه مختصر الحاكم»: إذا حلق ربع رأسه يجب عليه دم في/ قول أبي حنيفة. ٢٥٧ب
وعند أبي يوسف: إذا حلق أكثره يجب. وعند محمد: إذا حلق شعرة يجب. وقال الشافعي إذا حلق ثلاث شعرات يجب. وقال مالك: لا يجب إلاّ بحلق الكل. وعلى هذا: إذا حلق لحيته أو ثلثها أو ربعها.

احتج مالك بقوله تعالى: ﴿ولا تحلقوا رُؤُوسَكُمْ حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة:١٩٦] والرأس اسم لكل هذا المحدود.

وجه قول الشافعي: أن الثلاث جمع صحيح، فيقوم مقام الكل؛ ولهذا قام مقام الكل في مسح الرأس، ولأن الشعر نبات استفاد الأمن بسبب الإحرام، فيستوي فيه قليله وكثيره، كالنبات الذي استفاد الأمن بسبب الحرم من الشجر والخلي. وأما الكلام بين أصحابنا: فمبني

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في أ: الغبر.

على أن حلق الكثير يوجب الدم، والقليل يوجب الصدقة، واختلفوا في الحد الفاصل بين القليل والكثير: فجعل أبو حنيفة ما دون الربع قليلاً، والربع وما فوقه كثيراً. وهما على ما ذكر الطحاوي: جعلا ما دون النصف قليلاً، وما زاد على النصف كثيراً، والوجه لهما: أن القليل والكثير من أسماء المقابلة، وإنما يعرف ذلك بمقابله، فإن كان مقابله قليلاً فهو كثير، وإن كان كثيراً فهو قليل، فيلزم منه أن يكون الربع قليلاً؛ لأن ما يقابله كثير، فكان هو قليلاً. والوجه لأبي حنيفة: أن الربع في حلق الرأس بمنزلة الكل[(١)].

ألا ترى: أن من عادة كثير من الأجيال، من العرب والترك والكرد الاقتصار على حلق ربع الرأس؛ ولذا يقول القائل: رأيت فلاناً؛ يكون صادقاً في مقالته، وإن لم يرد إلا أحد جوانبه الأربع؛ ولهذا أقيم مقام الكل في المسح، وفي الخروج من الإحرام؛ بأن حلق ربع رأسه للتحلل والخروج من الإحرام؛ أنه يتحلل ويخرج من الإحرام، فكان حلق ربع الرأس ارتفاقاً كاملاً؛ فكانت جناية كاملة؛ فيوجب كفارة كاملة. وكذا حلق ربع اللحية لأهل بعض البلاد معتاد كالعراق ونحوها؛ فكان حلق الربع منها كحلق الكل. ولا حجة لمالك في الآية؛ لأن فيها نهياً عن حلق الكل؛ وذا لا ينفي النهي عن حلق البعض؛ فكان تمسكاً بالمسكوت؛ فلا يصح. وما قاله الشافعي غير سديد؛ لأن آخذ ثلاث شعرات لا يسمى حالقاً في العرف، فلا يتناوله نص الحلق، كما لا يسمى ماسح ثلاث شعرات ماسحاً في العرف، حتى لم يتناوله نص المسح، على أن وجوب الدم متعلق بارتفاق كامل، وحلق ثلاث شعرات ليس بارتفاق كامل؛ فلا يوجب كفارة كاملة.

وقوله: إنه نبات استفاد الأمن بسبب الإحرام - مسلم، لكن هذا يقتضي حرمة التعرض لقليله وكثيره؛ [ونحن به نقول][(٢)]، ولا كلام فيه، وإنما الكلام في وجوب الدم؛ وذا يقف على ارتفاق كامل؛ ولم يوجد. وقد خرج الجواب عن قولهما: إن القليل والكثير يعرف بالمقابلة؛ لما ذكرنا أن الربع كثير من غير مقابلة في بعض المواضع، فيعمل عليه في موضع الاحتياط. ولو أخذ شيئاً من رأسه أو لحيته، أو لمس شيئاً من ذلك فانتثر منه شعرة - فعليه صدقة؛ لوجود الارتفاق بإزالة التفث، هذا إذا حلق رأس نفسه، فأما إذا حلق رأس غيره؛ فعلى الحالق صدقة عندنا.

وقال مالك والشافعي: لا شيء على الحالق. وجه قولهما: إن وجوب الجزاء لوجود الارتفاق، ولم يوجد من الحالق.

---

(١) في أ: الكمال.

(٢) بدل ما بين المعكوفين في أ: ويجزئه.

ولنا: أن المحرم كما هو ممنوع من حلق رأس نفسه ممنوع من حلق رأس غيره؛ لقوله عز وجل: ﴿ولا تحلقوا رُؤُوسَكُمْ حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة:١٩٦] والإنسان لا يحلق رأس نفسه عادة، إلا أنه لما حرم عليه حلق رأس غيره، يحرم عليه حلق رأس نفسه من طريق الأولى، فتجب عليه الصدقة، ولا يجب عليه الدم؛ لعدم الارتفاق في حقه، وسواء كان المحلوق حلالاً أو حراماً لما قلنا، غير أنه إن كان حلالاً لا شيء عليه، وإن كان حراماً فعليه الدم؛ لحصول الارتفاق الكامل[١] له، وسواء كان الحلق بأمر المحلوق أو بغير أمره، طائعاً أو مكرهاً عندنا.

وقال الشافعي: إن كان مكرهاً فلا شيء عليه، وإن لم يكن مكرهاً لكنه سكت ـ ففيه وجهان؛ والصحيح قولنا؛ لأن الإكراه لا يسلب الحظر، وكمال الارتفاق موجود؛ فيجب عليه كمال الجزاء، وليس له أن يرجع به على الحالق. وعن القاضي أبي حازم: أنه يرجع عليه بالكفارة؛ لأن الحالق هو الذي أدخله في عهدة الضمان؛ فكان له أن يرجع عليه كالمكره على إتلاف المال.

ولنا: أن الارتفاق الكامل حصل له[٢]، فلا يرجع على أحد؛ إذ لو رجع لسلم له العوض والمعوض؛ وهذا لا يجوز، كالمغرور إذا وطىء الجارية وغرم العقر؛ أنه لا يرجع به على الغار لما قلنا؛ كذا هذا.

وإن كان الحالق حلالاً فلا شيء عليه، وحكم المحلوق ما ذكرنا. وإن حلق شاربه فعليه صدقة؛ لأن الشارب تبع للحية. ألا ترى أنه ينبت تبعاً للحية ويؤخذ تبعاً للحية أيضاً، ولأنه قليل فلا يتكامل معنى الجناية.

١٢٥٨أ وذكر في «الجامع الصغير»: محرم أخذ من/ شاربه فعليه حكومة عدل؛ وهي أن ينظركم [تكون مقادير][٣] أدنى ما يجب في اللحية من الدم، وهو الربع، فتجب الصدقة بقدره، حتى لو كان مثل ربع اللحية يجب [ربع قيمة][٤] الشاة؛ لأنه تبع للحية، وقوله: أخذ من شاربه، إشارة إلى النقص؛ وهو السنة في الشارب لا الحلق.

وذكر الطحاوي في «شرح الآثار»: أن السنة فيه الحلق، ونسب ذلك إلى أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد ـ رحمهم الله ـ والصحيح: أن السنة فيه القص؛ لما ذكرنا أنه تبع

(١) في أ: ارتفاق كامل.
(٢) في أ: يحصل له.
(٣) بدل ما بين المعكوفين في أ: يكون مقام.
(٤) بدل ما بين المعكوفين في أ: قيمة ربع.

اللحية، والسنة في اللحية القص لا الحلق؛ كذا في الشارب، ولأن الحلق يشينه ويصير[(١)] بمعنى المثلة؛ ولهذا لم يكن سنة في اللحية، بل كان بدعة؛ فكذا في الشارب. ولو حلق الرقبة فعليه الدم[(٢)]؛ لأنه عضو كامل مقصود بالارتفاق بحلق شعره، فتجب كفارة كاملة كما في حلق الرأس. ولو نتف أحد الإبطين فعليه دم لما قلنا.

ولو نتف الإبطين جميعاً تكفيه كفارة واحدة؛ لأن جنس الجناية واحد، والحاظر واحد، والجهة غير متقومة فتكفيها[(٣)] كفارة واحدة. ولو نتف من أحد الإبطين أكثره فعليه صدقة؛ لأن الأكثر فيما له نظير في البدن لا يقام مقام كله؛ بخلاف الرأس واللحية والرقبة، وما لا نظير له في البدن. ثم ذكر في الإبط النتف في الأصل، وهو إشارة إلى أن السنة فيه النتف وهو كذلك.

وذكر في «الجامع الصغير» وهو إشارةٌ إلى أنه ليس بحرام، ولو حلق موضع المحاجم - فعليه دَمٌ في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: فيه صدقة.

وجه قولهما: إن موضع الحجامة غير مقصود بالحلق، بل هو تابع؛ فلا يتعلق بحلقه دم كحلق الشارب؛ لأنه إذا لم يكن مقصوداً بالحلق لا تتكامل الجناية بحلقه؛ فلا تجب به كفارة كاملة؛ ولأنه إنما يحلق للحجامة لا لنفسه، والحجامة لا توجب الدم؛ لأنه ليس من محظورات الإحرام على ما بينا، فكذا ما يفعل لها؛ ولأن ما عليه من الشَّعَر قليل، فأشبه الصدر والساعد والساق، ولا يجب بحلقها دم، بل صدقة؛ كذا هذا.

ولأبي حنيفة أن هذا عضو مقصود بالحلق لمن يحتاج إلى حلقه، لأن الحجامة أمر مقصود لمن يحتاج إليها لاستفراغ المادة الدموية، ولهذا لا يحلق تبعاً للرأس ولا للرقبة، فأشبه حلق الإبط والعانة، ويستوي في وجوب الجزاء بالحلق العمد والسهو، والطوع والكره عندنا، والرجل والمرأة، والمفرد والقارن، غير أن القارن يلزمه جزاءان عندنا؛ لكونه محرماً بإحرامين على ما بينا.

وأما قلم الظفر: فنقول: لا يجوز للمحرم قلم أظفاره[(٤)]؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ﴾ [الحج:٢٩]، وقلم الأظفار من قضاء التفث، رتب الله تعالى قضاء التفث على الذبح؛ لأنه ذكره بكلمة موضوعة للترتيب مع التراخي، بقوله عز وجل: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ﴾

(١) في أ: ويصيره. (٢) في أ: دم.
(٣) في أ: فيكفيهما.
(٤) في أ: أظافيره.

[الحج:٢٨ ـ ٢٩]، فلا يجوز [قبل][1] الذَّبْحُ؛ لأنه ارتفاق بمرافق المقيمين، والمحرم ممنوع عن ذلك، ولأنه نوع نبات استفاد الأمن بسبب الإحرام، فيحرم التعرض له كالنوع الآخر، وهو النبات الذي استفاد الأمن بسبب الحرم؛ فإن قلم أظافير يد أو رجل من غير عذر وضرورة ـ فعليه دم؛ لأنه ارتفاق كامل فتكاملت الجناية؛ فتجب كفارة كاملة، وإن قلم أقل من يد أو رجل ـ فعليه صدقة؛ لكل ظفر نصفُ صاعٍ، وهذا قولُ أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: إذا قلم ثلاثة أظفار ـ فعليه دم.

وجه قوله: إن ثلاثة أظافير من اليد أكثرها، والأكثر يقوم مقام الكل في هذا الباب، كما في حلق الرأس. ولأصحابنا الثّلاثة أن قلم ما دون اليد ليس بارتفاق كامل؛ فلا يوجب كفارة كاملة، وأما قوله: الأكثر يقوم مقام الكل ـ فنقول: إن اليد الواحدة قد أقيمت مقام كل الأطراف في وجوب الدم. وما أقيم مقام الكل لا يقوم أكثره مقامه؛ كما في الرأس أنه لما أقيم الربع فيه مقام الكل، لا يقام أكثر الربع مقامه؛ وهذا لأنه لو أقيم أكثر ما أقيم مقام الكل مقامه ـ لأقيم أكثر أكثره مقامه؛ فيؤدي إلى إبطال التقدير أصلاً ورأساً؛ وهذا لا يجوز.

فإن قلم خمسة أظافير من الأعضاء الأربعة متفرقة [من][2]: اليدين والرجلين ـ فعليه صدقة لكل ظفر نصف صاع، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه دم، وكذلك لو قلم من كل عضو من الأعضاء الأربعة أربعة أظافير ـ فعليه صدقة عندهما، وإن كان يبلغ جملتها ستة عشر ظفراً، ويجب في كل ظفر نصف صاع من بر، إلا إذا بلغت قيمة الطعام دماً فينقص منه ما شاء.

وعند محمد: عليه دم، فمحمد اعتبر عدد الخمسة لا غير، ولم يعتبر التفرق والاجتماع، وأبو حنيفة وأبو/ يوسف اعتبرا مع عدد الخمسة صفة الاجتماع، وهو أن يكون من ٢٥٨ب
محل واحد.

وجه قول محمد: إن قلم أظافير يد واحدة أو رجل واحدة؛ إنما أوجب الدم؛ لكونها ربع الأعضاء المتفرقة، وهذا المعنى يستوي فيه المجتمعُ والمتفرق؛ ألا ترى أنهما استويا في الأرش؛ بأن قطع خمسة أظافير متفرقة؛ فكذا هذا.

ولهما: أن الدم إنما يجب بارتفاق كامل، ولا يحصُل ذلك بالقلم متفرقاً؛ لأن ذلك شين[3] ويصير مثلة؛ فلا تجب به كفارة كاملة، ويجب في كل ظفر نصف صاع من حنطة، إلا

(١) سقط في ط. (٢) سقط في ط.
(٣) في أ: يشين.

أن تبلغ قيمة الطعام دماً، فينقص منه ما شاء؛ لأنا إنما لم نوجب عليه الدم؛ لعدم تناهي الجناية لعدم ارتفاق كامل، فلا يجب أن يبلغ قيمة الدم، فإن اختار الدم فله ذلك وليس عليه غيره.

فإن قلم خمسة أظافير من يد واحدة أو رجل واحدة ولم يكفر، ثم قلم أظافير يده الأخرى أو رجله الأُخرى ـ فإن كان في مجلس واحد، فعليه دم واحد استحساناً، والقياس أن يجب لكل واحد دم؛ لما سنذكر إن شاء الله تعالى، وإن كان في مجلسين فعليه دمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه دم واحد ما لم يكفر للأول، وأجمعوا على أنه لو قلم خمسة أظافير من يد واحدة أو رجل واحدة، وحلق ربع رأسه، وطيب عضواً واحداً ـ أن عليه لكل جنس دماً على حدة، سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس مختلفة.

وأجمعوا في كفارة الفطر على أنه إذا جَامَعَ في اليوم الأول، وأكل في اليوم الثاني، وشرب في اليوم الثالث؛ أنه إن كفر للأول فعليه كفارة أُخرى، وإن لم يكفر للأول فعليه كفارة واحدة، فأبو حنيفة وأبو يوسف جعلا اختلاف المجلس كاختلاف الجنس، ومحمد جعل اختلاف المجلس كاتحاده عند اتفاق الجنس، وعلى هذا إذا قلم[1] أظافير اليدين والرجلين؛ أنه إن كان في مجلس واحد يكفيه دَمٌ واحد استحساناً.

والقياس: أن يجب عليه بقلم أظافير كُلِّ عضو من يد أو رجل ـ دم، وإن كان في مجلس واحد، وجه القياس أن الدم إنما يجب لحصول الارتفاق الكامل؛ لأن بذلك تتكامل الجناية، فتتكامل الكفارة وقلم أظافير كُلِّ عضو ارتفاق على حدة؛ فيستدعي كفارة على حدة.

وجه الاستحسان: أن جنس الجناية واحد، حظرها إحرام واحد بجهة غير متقومة، فلا يوجب إلا دماً واحداً؛ كما في حلق الرأس أنه إذا حلق الربع يجب عليه دم، ولو حلق الكل يجب عليه دم واحد لما قلنا؛ كذا هذا.

إن كان في مجالس مختلفة: يجب لكل من ذلك كفارة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، سواء كفر للأول أو لا، وعند محمد: إن لم يكفر للأول فعليه كفارة واحدة، وجه قوله: إن الكفارة تجب بهتك حرمة الإحرام، وقد انهتك حرمته بقلم أظافير العضو الأول، وهتك المهتوك لا يتصور؛ فلا يلزمه كفارة أُخرى؛ ولهذا لا يجب كفارة أُخرى بالإفطار في يومين من رمضان؛ لأن وجوبها بهتك حرمة الشهر وجبراً لها، وقد انهتك بإفساد الصوم في اليوم الأول؛ فلا يتصور هتكاً[2] بالإفساد في اليوم الثاني والثالث؛ كذا هذا.

(١) في ط: قطع.

(٢) في أ: هتكها.

بخلاف ما إذا كفر للأول؛ لأنه انجبر الهتكُ بالكفارة، وجعل كأنه لم يكن فعادت حرمة الإحرام، [فإذا هتكها تجب كفارة أُخرى جبراً لها][(١)]، كما في كفارة رمضان، ولهما أن كفارة الإحرام تجب بالجناية على الإحرام، والإحرام قائم؛ فكان كل فعل جناية على حدة على الإحرام، فيستدعي كفارة على حدة، إلا أن عند اتحاد المجلس جعلت الجنايات المتعددة حقيقة متحدة حكماً؛ لأن المجلس جعل في الشرع جامعاً للأفعال المختلفة؛ كما في خيار المخيرة، وسجدة التلاوة، والإيجاب والقبول في البيع، وغير ذلك.

فإذا اختلف المجلس أعطي لكل جناية حكم نفسها، فيعتبر في الحكم المتعلق بها بخلاف كفارة الإفطار؛ لأنها ما وجبت بالجناية على الصَّوم، بل جبراً لهتك حرمة الشَّهر، وحرمة الشهر واحدة لا تتجزأ، وقد انهتكت حرمته بالإفطار الأول فلا يحتملُ الهتك ثانياً.

ولو قلم أظافير يد لأذى في كفه ـ فعليه أي الكفارات شاء؛ لما ذكرنا أن ما حظره الإحرام إذا فعله المحرم عن ضرورة وعذر ـ فكفارته أحد الأشياء الثلاثة، والله عز وجل أعلم.

ولو انكسر ظفر المحرم، فانقطعت منه شظية فقلعها ـ لم يكن عليه شيء إذا كان مما لا يثبت؛ لأنها كالزائدة؛ ولأنها خرجت عن احتمال النماء؛ فأشبهت شجر الحرم إذا يبس، فقطعه[(٢)] إنسان؛ أنه لا ضَمَانَ عليه، كذا هذا.

وإن قلم المحرم أظافير حلال أو محرم، أو قلم الحلال أظافير محرم ـ فحكمه حكم الحلق، وقد ذكرنا ذلك كله والله أعلم، والذكر والنسيان، والطوع والكره في وجوب الفدية بالقلم ـ سواء عندنا، خلافاً للشافعي، وكذا يستوي فيه الرجل والمرأة، والمفرد والقارن، إلا أن على القارن ضعف ما على/ المفرد لما ذكرنا، والله تعالى أعلم. ٢٥٩أ

فصل

وأما الذي يرجع إلى توابع الجماع: فيجب على المحرم أن يجتنب الدواعي من التقبيل واللمس بشهوة، والمباشرة والجماع فيما دون الفرج؛ لقوله عز وجل: ﴿فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلاَ رَفَثَ وَلاَ فُسُوقَ وَلاَ جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧]، قيل في بعض وجوه التأويل: أن الرفث جميع حاجات الرجال إلى النساء، وسئلت عائشة ـ رضي الله تعالى عنها ـ عما يحل للمحرم من امرأته، فقالت: يحرم عليه كل شيء إلا الكلام، فإن جامع فيما دون الفرج أنزل أو لم ينزل، أو قبل، أو لمس بشهوة أو باشر ـ فعليه دم، لكن لا يفسد حجه، أما عدم فساد

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: فقلعه.

الحج؛ فلأن ذلك حكم متعلق بالجماع في الفرج على طريق التغليظ، وأما وجوب الدم؛ فلحصول ارتفاق كامل مقصود.

وقد روي عن ابن عمر ـ رضي الله تعالى عنهما ـ أنه قال: «إذا باشر المحرمُ امرأته ـ فعليه دم» ولم يرو عن غيره خلافه، وسواء فعل ذاكراً أو ناسياً عندنا خلافاً للشافعي؛ ولو نظر إلى فرج امرأته عن شهوة فأمنى ـ فلا شيء عليه، بخلاف المس عن شهوة؛ أنه يوجب الدم؛ أمنى أو لم يمن.

ووجه الفرق: أن اللمس استمتاعٌ بالمرأة وقضاء للشهوة؛ فكان ارتفاقاً كاملاً. فأما النظر فليس من باب الاستمتاع ولا قضاء الشهوة، بل هو سببٌ لزرع الشهوة في القلب، والمحرم غير ممنوع عما[1] يزرع الشهوة كالأكل، وذكر في «الجامع الصغير»: إذا لمس بشهوة فأمنى فعليه دم، وقوله: أمنى ليس على سبيل الشرط؛ لأنه ذكر في الأصل أن عليه دماً؛ أنزل أو لم ينزل.

فصل في بيان محرمات الإحرام من الصيد

وأما الذي يرجع إلى الصيد: فنقول: لا يجوز للمحرم أن يتعرض لصيد البر المأكول وغير المأكول عندنا، إلا المؤذي المبتدىء بالأذى غالباً، والكلام في هذا الفصل يقع في مَوَاضِعَ؛ في تفسير الصيد أنه ما هو، وفي بيان أنواعه، وفي بيان ما يحل اصطياده للمحرم وما يحرم عليه، وفي بيان حكم ما يحرم[2] عليه اصطياده إذا اصطاده.

أما الأول: فالصيد هو الممتنع المتوحش من الناس في أصل الخلقة؛ إما بقوائمه أو بجناحه[3]. فلا يحرم على المحرم ذبح الإبل والبقر والغنم؛ لأنها ليست بصيد؛ لعدم الامتناع والتوحش من الناس، وكذا الدجاج والبط الذي يكون في المنازل، وهو المسمى بالبط الكسكري؛ لانعدام معنى الصيد فيهما، وهو الامتناع والتوحش. فأما البط الذي يكون عند الناس ويطير ـ فهو صيد؛ لوجود معنى الصيد فيه، والحمام المسرول صيد وفيه الجزاء عند عامة العلماء، وعند مالك: ليس بصيد.

وجه قوله: إن الصيد اسم للمتوحش والحمام المسرول مستأنس؛ فلا يكون صيداً كالدجاج والبط الذي يكون في المنازل.

(١) في أ: كما.
(٢) في أ: يحرمه.
(٣) في أ: بجناحيه.

ولنا: أن جنس الحمام متوحش في أصل الخلقة، وإنما يستأنس البعض منه بالتولد والتأنيس[١] مع بقائه صيداً؛ كالظبية المستأنسة، والنعامة المستأنسة، والطوطى، ونحو ذلك حتى يجب فيه الجزاء، وكذا المستأنس في الخلقة قد يصير مستوحشاً؛ كالإبل إذا توحشت[٢]، وليس له حكم الصيد، حتى لا يجب فيه الجزاء، فعلم أن العبرة بالتوحش والاستئناس في أصل الخلقة، وجنس الحمام متوحش[٣] في أصل الخلقة، وإنما يستأنس البعض منه لعارض؛ فكان صيداً، بخلاف البطِّ الذي يكون عند الناس في المنازل، فإن ذلك ليس من جنس المتوحش، بل هو من جنس آخر، والكلب ليس بصيد، لأنه ليس بمتوحش بل هو مستأنس، سواء كان أهلياً أو وحشياً؛ لأن الكلب أهلي في الأصل، لكن ربما يتوحش لعارض، فأشبه الإبل إذا توحشت، وكذا السنور الأهلي ليس بصيد لأنه مستأنس.

وأما البري: ففيه روايتان، روى هشام عن أبي حنيفة: أن فيه الجزاء، وروى الحسن عنه: أنه لا شيء فيه كالأهلي، وجه رواية هشام؛ أنه متوحش، فأشبه الثعلب ونحوه، وجه رواية الحسن: أن جنس السنور مستأنس في أصل الخلقة، وإنما يتوحش البعض منه لعارض، فأشبه البعير إذا توحش، ولا بأس بقتل البرغوث والبعوض، والنملة والذباب، والحلم، والقراد والزنبور، لأنها ليست بصيد؛ لانعدام التوحش والامتناع.

ألا ترى أنها تطلب الإنسان مع امتناعه منها، وقد روي عن عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ أنه كان يقرد بعيره وهو محرم؛ ولأن هذه الأشياء من المؤذيات المبتدئة بالأذى غالباً، فالتحقت بالمؤذيات المنصوص عليها من الحيةِ والعقرب وغيرهما، ولا يقتل القملة لا لأنها صيد/ ؛ بل ٢٥٩ب
لما فيها من إزالة التفث؛ لأنه متولد من البدن كالشعر، والمحرم منهي[٤] عن إزالة التفث من بدنه، فإن قتلها تصدق بشيء كما لو أزال شعرة، ولم يذكر في ظاهر الرواية مقدار الصدقة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة؛ أنه قال: إذا قتل المحرم قملة أو ألقاها ـ أطعم كسرة، وإن كانتا اثنتين أو ثلاثاً أطعم قبضة من الطعام، وإن كانت كبيرة[٥] أطعم نصف صاع، وكذا لا يقتل الجرادة؛ لأنها صيد البر؛ إما كونه صيداً؛ فلأنه متوحش في أصل الخلقة، وأما كونه صيد البر؛ فلأنه توالده في البكر؛ ولذا لا يعيش إلا في البر، حتى لو وقع في الماء يموت، فإن قتلها تصدق بشيء من الطعام.

---

(١) زاد في أ: ولا عبرة لذلك ولا يخرجه عن كونه صيداً لأن المشتوحش في الخلقة قد يصير مستأنساً بالتولد والتأنيس.

(٢) في أ: توحش.

(٣) في أ: مستوحش.

(٤) في أ: ممنوع.

(٥) في أ: كثيرة.

وقد روي عن عمر؛ أنه قال: تمرة خير من جرادة، ولا بأس له بقتل هوام الأرض من الفأرة، والحية، والعقرب، والخنافس، والجعلان، وأم حنين، وصياح الليل، والصرصر، ونحوها؛ لأنها ليست بصيد، بل من حشرات الأرض، وكذا القنفذ وابن عرس؛ لأنهما من الهوام، حتى قال أبو يوسف: ابن عرس من سباع الهوام، والهوام ليست بصيد؛ لأنها لا تتوحش من الناس، وقال أبو يوسف في القنفذ الجزاء؛ لأنه من جنس المتوحش، ولا يبتدىء بالأذى.

فصل في أنواع الصيد

وأما بيان أنواعه، وبيان ما يحل للمحرم اصطياده وما يحرم عليه من كل نوع: فنقول: وبالله التوفيق، الصيد في الأصل نوعان: بري وبحري، فالبحري هو الذي توالده في البحر، سواء كان لا يعيشُ إلا في البحر، أو يعيش في البحر والبر، والبري ما يكون توالده في البر، سواء كان لا يعيشُ إلا في البر، أو يعيش في البر والبحر؛ فالعبرة للتوالد.

أما صيد البحر: فيحل اصطياده للحلال والمحرم جميعاً، مأكولاً كان أو غير مأكول؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: ٥٦]، والمراد منه اصطياد ما في البحر؛ لأن الصيد مصدر يقال: صاد يصيد صيداً، واستعماله في المصيد مجاز، والكلامُ بحقيقته إباحة[١] اصطياد ما في البحر عاماً.

وأما صيد البر: فنوعان: مأكولٌ وغير مأكول، أما المأكول: فلا يحل للمحرم اصطياده؛ نحو الظبي والأرنب، وحمار الوحش وبقر الوحش، والطيور التي يؤكل لحومها[٢]؛ برية كانت أو بحرية؛ لأن الطيور كلها برية؛ لأن توالدها في البر، وإنما يدخل بعضها في البحر لطلب الرزق.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾ [المائدة: ٩٦]، وقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٦٥] ظاهر الآيتين يقتضي تحريم صيد البر للمحرم عاماً أو مطلقاً، إلا ما خص أو قيد بدليل، وقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللهُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِماحُكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤] والمراد منه الابتلاء بالنهي[٣] بقوله تعالى في سياق الآية: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] أي: اعتدى

---

(١) في أ: أباح.
(٢) في أ: لحمها.
(٣) في أ: بالبري.

بالاصطياد بعد تحريمه، والمرادُ منه صيد البر؛ لأن صيد البحر مباح بقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] وكذا لا يحل له الدلالة عليه، والإشارة إليه بقوله ﷺ ـ: «**الدَّالُّ عَلَى الْخَيْرِ كَفَاعِلِهِ، وَالدَّالُّ عَلَى الشَّرِّ كَفَاعِلِهِ**»؛ ولأن الدلالة والإشارة سبب إلى القتل، وتحريم الشيء تحريم لأسبابه، وكذا لا يحلُّ له الإعانة على قتله؛ لأن الإعانة فوق الدلالة والإشارة، وتحريم الأدنى تحريم الأعلى من طريق الأولى؛ كالتأفيف مع الضرب والشتم.

وأما غير المؤكول: فنوعان: نوع يكون مؤذياً طبعاً مبتدئاً بالأذى غَالِباً، ونوع لا يبتدىء بالأذى غالباً، أما الذي يبتدىء بالأذى غالباً ـ فللمحرم أن يقتله ولا شيء عليه؛ وذلك نحو الأسد والذئب، والنمر والفهد؛ لأن دفع الأذى من غير سبب موجب للأذى ـ واجب فضلاً عن الإباحة؛ ولهذا أباح رسولُ الله ﷺ قَتْلَ الْخَمْسِ الفواسقِ للمحرم في الْحِلِّ والحرم؛ بقوله ﷺ: «**خَمْسٌ مِنَ الْفَوَاسِقِ يَقْتُلُهُنَّ الْمُحْرِمُ فِي الْحِلِّ وَالْحَرَمِ: الْحَيَّةُ، وَالْعَقْرَبُ، وَالْفَأْرَةُ، وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ، وَالْغُرَابُ**» وروي: «**وَالْحِدَأَةُ**».

وروي عن ابن عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ عن النبي ﷺ؛ أنه قال: «**خَمْسٌ يَقْتُلُهُنَّ الْمُحِلُّ وَالْمُحْرِمُ فِي الْحِلِّ وَالْحَرَمِ: الْحِدَأَةُ، وَالْغُرَابُ، وَالْعَقْرَبُ، وَالْفَأْرَةُ، وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ**»(١).

---

(١) ـ **حديث ابن عمر له طرق:**

فأخرجه مسلم (٢/٨٥٨) كتاب الحج: باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم حديث (٧٣/ ١٢٠٠) وأبو داود (٢/ ٤٢٤) كتاب المناسك: باب ما يقتل المحرم من الدواب حديث (١٨٤٦) والنسائي (٥/ ١٩٠) كتاب الحج: باب قتل الغراب وأحمد (٢/ ٨) وابن الجارود رقم (٤٤٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٦٥) والبيهقي (٥/ ٢٠٩) كتاب الحج: باب ما للمحرم قتله من دواب البر في الحل والحرم والحميدي (٢/ ٢٧٩) رقم (٦١٩) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٤/ ٢٩٢ـ٢٩٣) وأبو يعلى (٩/ ٣١١) رقم (٥٤٢٨) من طريق الزهري عن سالم عن أبيه مرفوعاً.

وأخرجه مالك (١/ ٣٥٦) كتاب الحج: باب ما يقتل المحرم من الدواب حديث (٨٨) والشافعي في «المسند» (١/ ٣١٩) كتاب الحج: باب فيما يباح للمحرم... (٧٣٥) والبخاري (٦/ ٣٥٥) كتاب بدء الخلق: باب إذا وقع الذباب في شراب أحدكم (٣٣١٥) ومسلم (٢/ ٨٥٨) كتاب الحج: باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم حديث (٧٦/ ١١٩٩) والنسائي (٥/ ١٨٧ـ١٨٨) كتاب الحج: باب ما يقتل المحرم من الدواب وابن ماجه (٢/ ١٠٣١) كتاب المناسك: باب ما يقتل المحرم حديث (٣٠٨٨) والدارمي (٢/ ٣٦) كتاب المناسك: باب ما يقتل المحرم في إحرامه وأحمد (٢/ ٣٢، ٤٨، ٦٥) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٦٥ـ١٦٦) وأبو نعيم في «الحلية» (٩/ ٢٣٠ـ٢٣١) والبيهقي (٥/ ٢٠٩) والخطيب (١٠/ ٢٩٣) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ١٥٩ ـ بتحقيقنا) من طريق نافع عن ابن عمر به مرفوعاً وأخرجه البخاري (٦/ ٤٠٩) كتاب بدء الخلق: باب إذا وقع الذباب في «شراب أحدكم...» حديث (٣٣١٥) ومسلم (٢/ ٨٥٩) كتاب الحج: باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم حديث (٧٩/ ١١٩٩) ومالك (١/ ٣٥٦ـ٣٥٧) كتاب الحج: باب ما يقتل المحرم =

وروي عن عائشة ـ رضي الله تعالى عنها ـ قالت: «أَمَرَ رَسُولُ الله ﷺ بِقَتْلِ خَمْسِ فِوَاسِقَ فِي الْحِلِّ وَالْحَرَمِ: الْحِدَأَةِ، وَالْفَأْرَةِ، وَالْغُرَابِ، وَالْعَقْرَبِ، وَالْكَلْبِ الْعَقُورِ»(١) وعلة الإباحة

= من الدواب حديث (٨٩) وأحمد (٢/ ٥٢) وابن حبان (٣٩٦٩ ـ الإحسان) من طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر به.

وأخرجه مسلم (٢/ ٨٥٩) كتاب الحج حديث (٧٨/ ١١٩٩) وأحمد (٢/ ٣٢) من طريق محمد بن إسحاق عن نافع وعبيد الله بن عبد الله بن عمر عن عبد الله بن عمر به.

(١) أخرجه البخاري (٦/ ٤٠٨ـ٤٠٩) كتاب بدء الخلق باب إذا وقع الذباب في «شراب أحدكم...» حديث (٣٣١٤) ومسلم (٢/ ٨٥٧): كتاب الحج: باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم حديث (٦٨/ ١١٩٨) والترمذي (٣/ ٤٨٧ ـ تحفة) كتاب الحج: باب ما جاء ما يقتل المحرم من الدواب حديث (٨٣٩)، والنسائي (٥/ ١٨٨) كتاب الحج: باب ما يقتل في الحرم من الدواب، والدارمي (٢/ ٣٦ـ٣٧): كتاب الحج: باب ما يقتل المحرم في إحرامه والدارقطني (٢/ ٢٣١) رقم (٦٥)، وعبد الرزاق (٨٣٧٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٦٦)، والبيهقي (٥/ ٢٠٩) كتاب الحج: باب ما للمحرم قتله من دواب البر في الحل والحرم وأبو يعلى (٧/ ٤٧٨ـ٤٧٩) رقم (٤٥٠٣) وابن حبان (٣٩٧١ ـ الإحسان) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٨/ ٢٧١ـ٢٧٢) من طريق عروة بن الزبير عن عائشة قالت: قال ـ ﷺ ـ: خمس فواسق يقتلن في الحرم الفأرة والعقرب والحديا والغراب والكلب العقور».

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وأخرجه مسلم (٢/ ٨٥٦) كتاب الحج: باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم حديث (٦٧/ ١١٩٨) والنسائي (٥/ ٢٠٨) كتاب المناسك: باب قتل الحية وابن ماجه (٢/ ١٠٣١) كتاب المناسك: باب ما يقتل المحرم حديث (٣٠٨٧) والطيالسي (١/ ٢١٤ ـ منحة) رقم (١٠٣٣) وأحمد (٦/ ٩٧) والبيهقي (٥/ ٢٠٩) كتاب الحج: باب ما للمحرم قتله من دواب البر في الحل والحرم وابن خزيمة (٤/ ١٩١) رقم (٢٦٦٩) من طريق قتادة عن سعيد بن المسيب عن عائشة به مرفوعاً.

ووقع عند مسلم الحية بدل العقرب وفيه أيضاً الغراب الأبقع لكن وقع عند الطيالسي العقرب وليس فيه ذكر الحية.

وأخرجه مسلم (٢/ ٨٥٦) كتاب الحج: باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم (٦٦/ ١١٩٨) والبيهقي (٥/ ٢٠٩) من طريق ابن وهب أخبرني مخرمة بن بكير عن أبيه قال: سمعت عبيد الله بن مقسم يقول: سمعت القاسم بن محمد يقول: سمعت عائشة زوج النبي ـ ﷺ ـ تقول: سمعت رسول الله ـ ﷺ ـ يقول: فذكرت الحديث، وللحديث روايات أخرى عن بعض الصحابة منها:

ـ حديث حفصة:

أخرجه البخاري (٤/ ٤٢) كتاب جزاء الصيد باب ما يقتل المحرم من الدواب حديث (١٨٢٨) ومسلم (٢/ ٨٥٨) كتاب الحج: باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم (٧٣/ ١٢٠٠) والنسائي (٥/ ٢١٠) كتاب المناسك: باب قتل الفأرة في الحرم من طريق الزهري عن سالم عن أبيه عن حفصة قالت: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: خمس من الدواب لا حرج على من قتلهن الغراب والحدأة والفأرة والعقرب والكلب العقور.

وأخرجه البخاري (٤/ ٤٢) رقم (١٨٢٧) ومسلم (٢/ ٨٥٨) رقم (٧٤/ ١٢٠٠) وأحمد (٦/ ٢٨٥) من طريق زيد بن جبير أن رجلاً سأل ابن عمر ما يقتل المحرم من الدواب فقال: أخبرتني إحدى نسوة رسول الله ـ ﷺ ـ... فذكره. =

....

= ـ **حديث أبي هريرة:**
أخرجه أبو داود (٢/ ٤٢٤ـ٤٢٥) كتاب المناسك: باب ما يقتل المحرم من الدواب (١٨٤٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٦٣) والبيهقي (٥/ ٢١٠) كتاب الحج: باب ما للمحرم قتله من دواب البر في الحل والحرم من طريق محمد بن عجلان عن القعقاع بن حكيم عن أبي صالح عن أبي هريرة أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: خمس قتلهن حلال في الحرم الحية والعقرب والحدأة والفأر والكلب العقور.
وصححه ابن خزيمة (٤/ ١٩٠) رقم (٢٦٦٦)
ـ **تنبيه**: وقع الذنب في رواية من روايات الحديث عن أبي هريرة.
أخرجه الطحاوي (٢/ ١٦٣) وابن خزيمة (٤/ ١٩٠) من طريق ابن أبي مريم ثنا يحيى بن أيوب عن محمد بن عجلان عن القعقاع بن حكيم عن أبي صالح عن أبي هريرة به إلا أنه قال في حديثه والحية والذئب والنمر والكلب العقور.
قال ابن خزيمة: قال ابن يحيى ـ وهو محمد شيخ ابن خزيمة ـ كأنه يفسر الكلب العقور يقول: من الكلب العقور الحية والذئب والنمر.
قلت: وقد رده ابن خزيمة ـ رحمه الله ـ فقال: هذه اللفظة التي قالها محمد بن يحيى في تفسير الكلب العقور وذكر الحية يشبه أن يكون سبقه لسانه إلى هذا، ليست الحية من الكلب في شيء ولا يقع اسم الكلب على الحية فأما النمر والذئب فاسم الكلب واقع عليهما وفي خبر حاتم بن إسماعيل بيان أن النبي ـ ﷺ ـ قد فرق بين الحية والكلب العقور فكيف يكون معنى قوله في هذا الخبر الكلب العقور يريد الحية إنها تقع اسم الكلب عليها.
ـ **حديث أبي سعيد الخدري:**
أخرجه أحمد (٣/ ٣) وأبو داود (٢/ ٤٢٥) كتاب المناسك: باب ما يقتل المحرم من الدواب حديث (١٨٤٨) والترمذي (٣/ ٤٨٨ ـ تحفة) كتاب الحج: باب ما جاء ما يقتل المحرم من الدواب (٨٤٠) وابن ماجه (٢/ ١٠٣٢) كتاب المناسك: باب ما يقتل المحرم (٣٠٨٩) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٦٦ـ١٦٧) والبيهقي (٥/ ٢١٠) وأبو يعلى (٢/ ٣٩٦) رقم (١١٧٠) من طريق يزيد بن أبي زياد عن عبد الرحمن بن أبي نعيم عن أبي سعيد عن النبي ـ ﷺ ـ أنه قال: يقتل المحرم الحية والعقرب والسبع العادي والكلب العقور والفأرة والفويسقة.
ولفظ الترمذي: يقتل المحرم السبع العادي والكلب العقور والفأرة والعقرب والحدأة والغراب.
وعند أبي داود: الحية والعقرب والفويسقة ويرمي الغراب ولا يقتله والكلب العقور.
وزاد أحمد وابن ماجه وأبو يعلى: قلت ما الفويسقة قال: الفأرة قلت: وما شأن الفأرة قال: إن النبي ـ ﷺ ـ استيقظ وقد أخذت الفتيلة وصعدت بها إلى السقف لتحرق عليه.
قلت: ومن أجل هذه الزيادة فقد أورد الحافظان البوصيري والهيثمي هذا الحديث الأول في «زوائد ابن ماجه» والثاني في «مجمع الزوائد».
قال البوصيري في «الزوائد» (٣/ ٤٠): هذا إسناد ضعيف يزيد بن أبي زياد ضعيف وإن أخرج له مسلم فإنما أخرج له مقروناً بغيره ومع ضعفه اختلط بآخره وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٨/ ١١٥): رواه أبو يعلى وفيه يزيد بن أبي زياد وهو لين الحديث وبقية رجاله رجال الصحيح.
ـ **حديث ابن عباس:** =

فيها هي الابتداء بالأذى، والعدو على الناس غالباً، فإن من عادة الحدأة أن تغير على اللحم والكرش، والعقرب تقصد من تلذغه وتتبع حسه، وكذا الحية والغراب يقع على دبر البعير
١٢٦٠أ وصاحبه قريب منه/ والفأرة تسرق أموال الناس، والكلب العقور من شأنه العدو على الناس/، وعقرهم ابتداء من حيث الغالب، ولا يكاد يهرب من بني آدم، وهذا المعنى موجودٌ في الأسد والذئب، والفهد والنمر؛ فكان ورود النص في تلك الأشياء وروداً في هذه دلالة.

قال أبو يوسف: الغرابُ المذكورُ في الحديث هو الغرابُ الذي يأكلُ الْجِيَفَ، أو يخلط مع الجيف؛ إذ هذا النوع هو الذي يبتدىء بالأذى، والعقعق ليس في معناه؛ لأنه لا يأكل الجيف، ولا يبتدىء بالأذى، وأما الذي لا يبتدىء بالأذى غالباً؛ كالضبع والثعلب وغيرهما - فله أن يقتله إن عدى عليه، ولا شيء عليه إذا قتله، وهذا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: يلزمه الجزاء، وجه قوله: إن المحرم للقتل قائم وهو الإحرام، فلو سقطت الحرمة إنما تسقط بفعله وفعل العجماء جبار؛ فبقي محرم القتل كما كان كالجمل الصؤول إذا قتله إنسان أنه يضمن لما قلنا؛ كذا هذا.

ولنا: أنه لما عدا عليه وابتدأه بالأذى التحق بالمؤذيات طبعاً، فسقطت عصمته، وقد روي عن عمر - رضي الله تعالى عنه - أنه ابتدأ قتل ضبع فأدى جزاءها، وقال: إنا ابتدأناها، فتعليله بابتدائه قتله إشارة إلى أنها لو ابتدأت لا يلزمه الجزاء، وقوله: الإحرام قائم - مسلم لكن أثره في ألا يتعرض للصيد، لا في وجوب تحمل الأذى؛ بل يجب عليه دفعُ الأذى؛ لأنه من صيانة نفسه عن الهلاك وأنه واجب، فسقطت عصمتُه في حال الأذى، فلم يجب الجزاء، بخلاف الجمل الصائل؛ لأن عصمته ثبتت حقاً لمالكه، ولم يوجد منه ما يسقط العصمة

= أخرجه أحمد (١/ ٢٥٧) والبزار (٢/ ١٦ - كشف) رقم (١٠٩٧) وأبو يعلى (٤/ ٣١٧) رقم (٢٤٢٨) من طريق ليث بن أبي سليم عن طاوس عن ابن عباس عن النبي - ﷺ - قال: خمس يقتلهن المحرم: الحدأة والفأرة والعقرب والغراب والكلب العقور والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٣/ ٢٣١) وقال: رواه أحمد وأبو يعلى والبزار والطبراني في الكبير والأوسط وفيه ليث بن أبي سليم وهو ثقة ولكنه مدلس. ا.هـ.

- وللحديث طريق آخر عن ابن عباس:

أخرجه أحمد (١/ ٢٥٧) من طريق عثمان ثنا جرير عن حصين بن عبد الرحمن عن عكرمة عن ابن عباس به.

- حديث أبي رافع:

أخرجه البزار (٢/ ١٥-١٦- كشف) رقم (١٠٩٦) ثنا غسان بن عبد الله ثنا يوسف بن نافع ثنا عبد الرحمن بن أبي الموال عن عبيد الله بن أبي رافع عن أبيه قال: بينا رسول الله - ﷺ - في صلاته إذ ضرب شيئاً في صلاته فإذا هي عقرب فضربها فقتلها وأمر بقتل العقرب والحية والفأرة والحدأة للمحرم. والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٣/ ٢٣٢) وقال: رواه البزار وفيه يوسف بن نافع ذكره ابن أبي حاتم ولم يخرجه ولم يوثقه وذكره ابن حبان في الثقات.

فيضمن القاتل، وإن لم يعد عليه لا يباح له أن يبتدئه بالقتل، وإن قتله ابتداء فعليه الجزاءُ عندنا، وعند الشافعي: يُباح له قتله ابتداء، ولا جزاء عليه إذا قتله.

وجه قوله: إن النبي ﷺ أباح للمحرم قَتْلَ خَمسٍ من الدواب، وهي لا يؤكل لحمها، والضَّبُع والثَّعلب ما لا يؤكل لحمه؛ فكان رود النص هناك وروداً هٰهنا.

ولنا قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، وقوله: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾ [المائدة: ٩٦]، وقوله: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللهُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤] عامّاً أو مطلقاً، من غير فصل بين المأكول وغيره، واسم الصيد يقع على المأكول وغير المؤكول؛ لوجود حد الصيد فيهما جميعاً؛ والدليل عليه قول الشاعر: [الكامل]

صيد الملوك أرانب وثعالب ... وَإِذَا رَكِبْتُ فَصَيْدِيَ الأَبْطَالُ

أطلق اسم الصَّيد على الثعلب، إلا أنه خصَّ منها الصيد العادي المبتدىء بالأذى غالباً أو قيدت بدليل، فمن ادعى تخصيص غيره أو التقييد - فعليه الدليل، وقد روي عن النبي ﷺ؛ أنه قال: «**الضَّبُعُ صَيْدٌ وَفِيهِ شَاةٌ إِذَا قَتَلَهُ الْمُحْرِمُ**»[1] وعن عمر وابن عباس[2] - رضي الله تعالى

---

(١) أخرجه الشافعي (٢/ ١٧٣-١٧٤) كتاب الصيد والذبائح، حديث (٦٠٩) وأحمد (٣/ ٣١٨-٣٢٢) والدارمي (٢/ ٧٤-٧٥) كتاب المناسك باب في جزاء الضبع، والترمذي (٤/ ٢٥٢) كتاب الأطعمة. باب ما جاء في أكل الضبع - حديث (١٧٩١) والنسائي (٧/ ٢٠٠) كتاب الصيد والذبائح - باب الضبع، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٨) كتاب الصيد باب الضبع، حديث (٣٢٣٦) وابن الجارود ص: (٢٩٩): باب ما جاء في الأطعمة - حديث (٨٩٠).
والدارمي (٢/ ٧٤) كتاب المناسك: باب في جزاء الضبع وعبد الرزاق (٨٦٨١) وابن أبي شيبة (٤/ ٧٧) والدارقطني (٢/ ٢٤٦) وأبو يعلى (٤/ ٩٦) رقم (٢١٢٧) وابن خزيمة (٤/ ١٨٢) وابن حبان (٩٧٩ - الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٦٤) وفي المشكل (٤/ ٣٧٠-٣٧١) والحاكم (١/ ٤٥٢) والبيهقي (٩/ ٣١٨) كتاب الضحايا: باب ما جاء في الضبع والثعلب من طرق عن عبد الله بن عبيد عن ابن أبي عمار قال: سألت جابر بن عبد الله: أيؤكل الضبع قال: نعم قلت: أصيد هي قال: نعم قلت: سمعت ذلك من رسول الله - ﷺ - قال: نعم.
وقال الترمذي حديث حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.
وصححه ابن خزيمة وابن حبان.
وأخرجه الحاكم (١/ ٤٥٣) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٦٥) والبيهقي (٩/ ٣١٩) كتاب الضحايا: باب ما جاء في الضبع والثعلب من طريق حسان بن إبراهيم عن إبراهيم الصائغ عن عطاء عن جابر قال: قال رسول الله - ﷺ - الضبع صيد فإذا أصابه المحرم ففيه جزاء كبش مسن ويؤكل.
قال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه وإبراهيم بن ميمون الصائغ زاهد عالم أدرك الشهادة - رضي الله عنه - ووافقه الذهبي.

(٢) في أ: وابن عباس وابن عمر. =

عنهما ـ أنهما أَوْجَبَا في قَتْلِ المحرم الضَّبُعَ جَزَاءً، وعن علي ـ رضي الله تعالى عنه ـ أنه قال: في الضَّبُعِ إذا عَدَا عَلَى المَحرمِ: فَلْيَقْتُلْهُ، فإن قَتَلَهُ قبل أن يعدو عليه ـ فعليه شاة مسنة، ولا حجة للشافعي في حديث الخمس الفواسق؛ لأنه ليس فيه أن إباحة قتلهن لأجل أنه لا يؤكل لحمها؛ بل فيه إشارة إلى أن علة الإباحة فيها الابتداء بالأذى غالباً، ولا يوجد ذلك في الضبع والثعلب، بل من عادتهما الهرب من بني آدم، ولا يؤذيان أحداً حتى يبتدئهما بالأذى، فلم توجد علة الإباحة [فيهما؛ فلم تثبت الإباحة][(١)].

وعلى هذا الخلاف: الضب واليربوع، والسمور والدلف، والقرد والفيل والخنزير؛ لأنها صيد؛ لوجود معنى الصيد فيها، وهو الامتناع والتوحش، ولا تبتدىء بالأذى غالباً، فتدخل تحت ما تلونا من الآيات الكريمة.

وقال زفر في الخنزير: أنه لا يَجِبُ الجزاءُ فيه؛ لما رُوي عن النبي ﷺ؛ أنه قال: «**بُعِثْتُ بِكَسْرِ الْمَعَازِفِ وَقَتْلِ الْخَنَازِيرِ**»[(٢)]، ندبنا ﷺ إلى قتله، والندب فوق الإباحة؛ فلا يتعلق به الجزاء، والحديث محمولٌ على غير حال [الإحرام أو على حال][(٣)] العدو والابتداء بالأذى؛ حملاً لخبر الواحد على موافقة الكتاب العزيز، وعلى هذا الاختلاف سباع الطير. والله أعلم.

فصل في بيان حكم ما يحرم على المحرم اصطياده

وأما بيانُ حكم ما يحرم على المحرم اصطياده إذا اصطاده؛ فالأمر لا يخلو؛ إما إن قتل الصيد وإما أن جرحه، وإما إن أخذه فلم يقتله ولم يجرحه[(٤)]، فإن قتله فالقتل لا يخلو، إما أن يكون مباشرة أو تسبباً، فإن كان مباشرة فعليه قيمة الصيد المقتول، يقومه ذوا عدل لهما بصارة بقيمة الصيود، فيقومانه في المكان الذي أصابه، إن كان موضعاً تُباع فيه الصيودُ، وإن كان في مفازة يقومانه في أقرب الأماكن من العمران إليه، فإن بلغت قيمته ثمن هدي؛ فالقاتل بالخيار؛ ٢٦٠ب
إن شاء أهدى، وإن شاء أطعم، وإن شاء صام، وإن لم يبلغ قيمته ثمن هدي/ فهو بالخيار بين الطَّعام والصيام، سواء كان الصيدُ مما له نظير أو كان مما لا نظير له، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

(١) سقط في أ.

(٢) ذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (١٥/ ٢٢٦، ٢٢٧) بنحوه، وعزاه لأبي بكر الشافعي في الغيلانيات، والنسائي وقال: وسنده ضعيف. من حديث علي قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «بُعثت بكسر المزامير، وأقسم ربي ـ عز وجلّ ـ لا يشرب عبدٌ إلا في الدنيا خمر إلا سقاه الله... الحديث». فذكره مطولاً.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ولا جرحه.

وحكى الطحاوي قول محمد: إن الخيار للحكمين إن شاءا حكما عليه هدياً، وإن شاءا طعاماً وإن شاءا صياماً؛ فإن حكما عليه هدياً نظر القاتل إلى نظيره من النعم من حيث الخلقة والصورة، إن كان الصيد مما له نظير، سواء كان قيمة نظيره مثل قيمته، أو أقل أو أكثر ـ لا ينظر إلى القيمة، بل إلى الصورة والهيئة، فيجب في الظبي شاة، وفي الضبع شاة، وفي حمار الوحش بقرة، وفي النعامة بعير، وفي الأرنب عناق، وفي اليربوع جفرة، وإن لم يكن له نظير مما في ذبحه قربة كالحمام والعصفور وسائر الطيور ـ تعتبر قيمته؛ كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد.

وحكى الكرخي قول محمد: إن الخيار للقاتل عنده أيضاً، غير أنه إن اختار الهدي لا يجوز له إلا إخراج النظير فيما له نظير، وعند الشافعي: يجب عليه بقتل ما له نظير النظير ابتداء من غير اختيار أحد، وله أن يطعم، ويكون الإطعام بدلاً عن النظير لا عن الصيد.

فيقع الكلام في موجب قتل صيد له نظير في مواضع: منها أنه يجب على القاتل قيمته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يجب عند محمد والشافعي، والأصلُ فيه قوله عز وجل: ﴿وَمَن قَتَلَهُ مِنكُمْ مُتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ [مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] أي: فعليه جزاءٌ مثل ما قتل][1]، أوجب الله تعالى على القاتل جزاء مثل ما قَتل، واختلف[2] الفقهاء في المراد من المثل المذكور في الآية الشريفة، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: المراد منه المثل من حيث المعنى وهو القيمة، وقال محمد والشافعي: المراد منه المثل من حيث الصُّورة والهيئة.

وجه قولهما: إن الله تعالى أوجب على القاتل جزاء من[3] النعم، وهو مثل ما قتل من النعم، لأنه ذكر المثل، ثم فسره بالنعم بقوله ـ عز وجل: ﴿مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]، و ﴿من﴾ [المائدة: ٩٥] هٰهنا لتمييز الجنس، فصار تقدير الآية الشريفة: ﴿ومن قتَله منكم متعمداً فجزاء من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] وهو مثل المقتول، وهو أن يكون مثله في الخلقة والصورة.

وروي أن جماعة من الصحابة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ منهم عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ أَوْجَبُوا فِي النَّعَامَةِ بَدَنَةً، وفي الظَّبْيَةِ شَاةً، وَفي الأَرْنَبِ عِنَاقاً، وَهُمْ كانوا أعرفَ بمعاني كتاب الله تعالى.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف وجوه من الاستدلال بهذه الآية؛ أولها[4]: إن الله ـ عز وجل ـ نهى المحرمين عن قتل الصيد عاماً؛ لأنه تعالى ذكر الصيد بالألف واللام بقوله عز وجل: ﴿لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، والألف واللام لاستغراق الجنس خصوصاً عند عدم

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: فاختلف.
(٣) في أ: مثل.
(٤) في أ: إحداها.

المعهود، ثم قال تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ﴾ [المائدة: ٩٥]، والهاء كناية راجعة إلى الصيد الموجد من[١] اللفظ المعرف بلام التعريف، فقد أوجب سبحانه وتعالى ـ بقتل الصيد مثلاً يعم ما له نظير وما لا نظير له، وذلك هو المثل من حيث المعنى، وهو القيمة لا المثل من حيث الخلقة والصورة؛ لأن ذلك لا يجب في صيدٍ لا نظير له، بل الواجب فيه المثلُ من حيث المعنى، وهو القيمة بلا خلاف، فكان صرف المثل المذكور بقتل الصيد على العموم إليه تخصيصاً لبعض ما تناوله عمومُ الآية، والعمل بعموم اللفظ واجب ما أمكن، ولا يجوز تخصيصه إلا بدليل.

والثاني: أن مطلقَ اسم المثل ينصرف[٢] إلى ما عرف مثلاً في أصول الشرع، والمثل المتعارف في أصول الشرع هو المثلُ من حيث الصُّورة والمعنى، أو من حيث المعنى وهو القيمة؛ كما في ضمان المتلفات، فإن مَنْ أتلف على آخر حنطة يلزمه حنطة، ومن أتلف عليه عرضاً تلزمه القيمة، فأما المثل من حيث الصورة والهيئة ـ فلا نظير له في أُصُولِ الشَّرع، فعند الإطلاق ينصرف إلى المتعارف لا إلى غيره.

والثالث: أنه ـ سبحانه وتعالى ـ ذكر المثل منكراً في موضع الإثبات فيتناول واحداً، وأنه اسم مشترك يقع على المثل من حيث المعنى، ويقع على المثل من حيث الصورة؛ فالمثل من حيث المعنى يراد من الآية فيما لا نظير له، فلا يكون الآخر مراداً؛ إذ المشتركُ في موضع الإثبات لا عموم له.

والرابع: إن الله تعالى ذكر عدالة الحكمين، ومعلومٌ أن العدالة إنما تشترط فيما يحتاج فيه إلى النظر والتأمل، وذلك في المثل من حيث المعنى وهو القيمة؛ لأن بها تتحقق الصيانة عن الغلو والتقصير وتقرير الأمر على الوسط، فأما الصورة فمشابهة[٣] لا تفتقر إلى العدالة، وأما قوله تعالى: ﴿مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] فلا نسلمُ أن قوله تعالى: ﴿مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] خرج تفسيراً للمثل، وبيانه من وجهين:

أحدهما: أن قوله: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ﴾ [المائدة: ٩٥] كلامٌ تام بنفسه، مفيد بذاته من غير وصلة بغيره؛ لكونه مبتدأ وخبراً، وقوله: ﴿مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥] يمكن استعماله على غير وجه التَفسير/ للمثل؛ لأنه كما يرجع إلى ١٢٦١أ
الحكمين في تقويم الصيد المتلف ـ يرجع إليهما في تقويم الهدي الذي يوجد بذلك القدر من

---

(١) في أ: في.
(٢) في أ: يصرف.
(٣) في أ: فمشاهدة.

القيمة، فلا يجعل قوله: ﴿مِثْلُ مَا قَتَلَ﴾ [المائدة: ٩٥] مربوطاً بقوله عز وجل: ﴿مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] مع استغناء الكلام عنه[1]، هذا هو الأصل، إلا إذا قام دليلٌ زائدٌ يوجبُ الربطَ بغَيره.

والثاني: أنه وصل قوله: ﴿مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] بقوله: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنكُمْ هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥]، وقوله عز وجل: ﴿أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٩٥] وقوله عز وجل: ﴿أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَاماً﴾ [المائدة: ٩٥]، جعل الجزاء أحد الأشياء الثلاثة؛ لأنه أدخل حرف التخيير بين الهدي والإطعام، وبين الطعام والصيام، فلو كان قوله: ﴿مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] تفسيراً للمثل ـ لكان الطعامُ والصيامُ مثلاً لدخول حرف «أو» بينهما وبين النعم؛ إذ لا فرق بين التقديم والتأخير في الذكر؛ بأن قال تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل طعاماً أو صياماً أو من النعم هدياً﴾ [المائدة: ٩٥]؛ لأن التقديم في التلاوة لا يوجبُ التقديم في المعنى، ولما لم يكن الطعامُ والصيام مثلاً للمقتول، دَلَّ أن ذكر النعم لم يخرج مخرج التفسير للمثل، بل هو كلام مبتدأ غير موصول المراد بالأول.

وقول جماعة الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ محمولٌ على الإيجاب من حيث القيمة توفيقاً بين الدلائل، مع ما أن المسألة مختلفة بين الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ روي عن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ مثل مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، فلا يحتجُّ بقول البعض على البعض، وعلى هذا ينبني اعتبار مكان الإصابة في التقويم عندهما؛ لأن الواجب على القاتل القيمة، وأنها تختلف باختلاف المكان، وعند محمد والشافعي: الواجب هو النظير أما حكم الحكمين أو ابتداء فلا يعتبر فيه المكان.

وقال الشافعي: يقوم بمكة أو بمنى، وأنه غَيْرُ سديدٍ؛ لأن العبرة في قيم المستهلكات في أصول الشرع مواضع الاستهلاك؛ كما في استهلاك سائر الأموال، **ومنها**: أن الطعام بدل عن الصيد عندنا، فيقوم الصيد بالدراهم، ويشتري بالدراهم طعاماً، وهو مذهبُ ابن عباس، وجماعة من التابعين.

وعن ابن عباس رواية أُخرى: أن الطعام بدل عن الهدي، فيقوم الهدي بالدَّراهم، ثم يشتري بقيمة الهدي طَعَاماً، وهو قولُ الشَّافعي، والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى جعل جميع ذلك جزاء الصيد بقوله عز وجل: ﴿فَجَزَآءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ. . . .﴾ [المائدة: ٩٥] إلى قوله: ﴿أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٩٥] فلما كان الهدي من حيث كونه جزاء معتبراً بالصيد؛ إما في قيمته أو نظيره على اختلاف القولين ـ، كان الطعام مثله، لأن فيما لا مثل له من النعم[2]

(١) في أ: عن ذلك.
(٢) في ط: الطعام.

اعتبار الطعام بقيمة الصيد بلا خلاف، فكذا فيما له مثل؛ لأن الآية عامة منتظمة للأمرين[(١)] جميعاً.

ومنها، أن كَفَّارَةَ جَزَاءِ الصَّيْدِ عَلَى التَّخْيِيرِ؛ كذا روي عن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ وهو مذهبُ جماعة من التابعين؛ مثل عطاء، والحسن، وابراهيم، وهو قول أصحابنا، وعن ابن عباس رواية أُخرى؛ أنه على تَرْتِيبِ الْهَدْيِ ثُمَّ الإِطْعَام ثم الصِّيام، حَتَّى لو وجد الْهَدْيَ لا يجوزُ الطَّعَامُ، ولو وجد الهدي أو الطعام ـ لا يجوز الصيام؛ كما في كفارة الظهار والإفطار؛ أنها على التَّرتيب دون التخيير.

واحتجَّ من اعتبر الترتيب بما روي أن جماعةً من الصحابة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ حَكَمُوا في الضَّبُعِ بِشَاةٍ ولم يَذْكُرُوا غَيْرَهُ، فدل أن الواجبَ على التَّرتيب.

ولنا: أن الله تعالى ذكر حرف «أو» في ابتداء الإيجاب، وحرف «أو» إذا ذكر[(٢)] في ابتداء الإيجاب يُراد به التخيير لا الترتيب؛ كما في قوله عز وجل في كَفَّارة اليمين: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة:٧٩] وقوله تعالى في كفارة الحلق: ﴿فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦] [وغير ذلك][(٣)].

هذا هو الحقيقة، إلا في موضع قام الدليل بخلافها؛ كما في آية المحاربين أنه ذكر فيها «أو» على إرادة الواو. ومن ادَّعى خلافَ الحقيقة هٰهنا فعليه الدليلُ.

ثم إذا اختار الهدي؛ فإن بلغت قيمة الصيد بدنة نحرها، وإن لم تبلغ بدنة، وبلغت بقرة ـ ذبحها، وإن لم تبلغ بقرة، وبلغت شاة ـ ذبحها، وإن اشترى بقيمة الصيد إذا بلغت بدنة، أو بقرة [سبع شياة وذبحها][(٤)] أجزأه، فإن اختار شراء الهدي، وفضل من قيمة الصيد، فإن بلغ هديين أو أكثر ـ اشترى، وإن كان لا يبلغ هدياً فهو بالخيار، إن شاء صرف الفاضل إلى الطعام، وإن شاء صام؛ كما في صيد الصغير الذي لا تبلغ قيمته هدياً.

وقد اختلف في السن الذي يجوز في جزاء الصيد، قال أبو حنيفة: لا يجوز إلا ما يجوز في الأضحية وهدي المتعة، والقران والإحصار، وقال أبو يوسف ومحمد: تجوز الجفرة والعناق على قدر الصيد. واحتجا بما روي عن جماعة من الصحابة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ أَنَّهُمْ أَوْجَبُوا فِي الْيَرْبُوعِ جفرةً، وَفي الأَرْنَبِ عنَاقاً.

---

(١) في أ: الأمرين. (٢) في أ: دخل.

(٣) سقط في أ.

(٤) بدل ما بين المعكوفين في أ: أو سبع بدنه.

٢٦١ب ولأبي حنيفة: أن إطلاق الهدي ينصرف إلى ما ينصرف إليه سائر/ الهدايا المطلقة في القرآن، فلا يجوز دون السن الذي يجزى في سائر الهدايا، وما روي عن جماعة من الصَّحَابَة - رضي الله تعالى عنهم - حكاية حال لا عموم له، فيحمل على أنه كان على طريق القيمة، على أن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - يخالفهم، فلا يقبلُ قول بعضهم على بعض[١] إلا عند قيام دليل الترجيح، ثم اسم الهدي يقع على الإبل والبقر والغنم، على ما بينا فيما تقدم، ولا يجوز ذبحُ الهدي إلا في الحرم؛ لقوله تعالى: ﴿هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥] ولو جاز ذبحُه في غير الحرم - لم يكن لذكر بلوغه الكعبةَ معنًى، وليس المرادُ منه بلوغَ عين الكعبة، بل بلوغ قربها وهو الحرم، ودلت الآية الكريمةُ على أن من حَلَفَ لا يمر على باب الكعبة، أو المسجد الحرام، فمر بقرب بابه - حنث[٢]، وهو كقوله تعالى: ﴿فَلاَ يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ [التوبة: ٢٨] والمراد منه الحرم؛ لأنهم منعوا بهذه الآية الكريمة عن دُخُولِ الحرم.

وعن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - أنه قال: «الْحَرَمُ كُلُّهُ مَسْجِدٌ» ولأن الهدي اسم لما يهدي إلى مكان الهدايا، أي: ينقل إليها، ومكان الهدايا الحرم؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٣٣]، والمراد منه الحرمُ.

وروي عن النبي ﷺ؛ أنه قال: «**مِنَى كُلُّهَا مَنْحَرٌ وَفِجَاجُ مَكَّةَ كُلُّهَا مَنْحَرٌ**»[٣]، ولو ذبح في الحلِّ لا يسقط عنه الجزاءُ بالذبح؛ إلا أن يتصدق بلحمه على الفقراء؛ على كل فقير قيمة نصف صاع من بُرٍّ، فيجزئه على طريق البدل عن الطعام، وإذا ذبح الهدي في الحرم سقط الجزاء عنه بنفس الذبح، حتى لو هلك، أو سرق، أو ضاع بوجه من الوجوه - خرج عن العهدة؛ لأن الواجب هو إراقة الدم، وإن اختار الطعام اشترى بقيمة الصيد طعاماً، فأطعم كُلَّ مسكين نصف صاع من بر، ولا يجزيه أقل من ذلك؛ كما في كفارة اليمين وفدية الأذى، ويجوز الإطعام في الأماكن كلها عندنا، وعند الشافعي: لا يجوز إلا في الحرم؛ كما لا يجوز الذبح إلا في الحرم؛ توسعة على أهل الحرم.

---

(١) في أ: البعض.

(٢) في أ: يحنث.

(٣) أخرجه ابن حبان في «صحيحه» (٩/١٦٦ - الإحسان) كتاب الحج: باب الوقوف بعرفة والمزدلفة والدفع منهما، حديث (٣٨٥٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/٢٣٩): كتاب الحج: باب النحر يوم النحر وأيام منى كلها، وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٤/٢٥٩، ٢٦٠) حديث (٢٣٩١)، وعزاه لابن حبان وللبيهقي من حديث جبير بن مطعم.

قال الحافظ في «التلخيص»: ورواه ابن عدي من حديث أبي هريرة، وفيه معاوية بن يحيى الصوفي، وهو ضعيف، وذكره ابن أبي حاتم من حديث أبي سعيد، وذكر عن أبيه: أنه موضوع.

ولنا: أن قوله تعالى: ﴿أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٩٥] مطلق عن المكان، وقياس الطعام على الذبح بمعنى التوسعة على أهل الحرم ـ قد أبطلناه فيما تقدم؛ ولأن الإراقة لم تعقل قربة بنفسها، وإنما عرفت قربة بالشرع، والشرع ورد بها في مكان مخصوص، أو زمان مخصوص، فيتبع مورد الشَّرع، فيتقيد كونها قربة بالمكان الذي ورد الشرع بكونها قربة فيه وهو الحرم، فأما الإطعام: فيعقل قربة بنفسه؛ لأنه من باب الإحسان إلى المحتاجين، فلا يتقيد كونه قربة بمكان؛ كما لا يتقيد بزمان، وتجوز فيه الإباحة والتمليك؛ لما نذكره في كتاب الكفَّارات، ولا يجوزُ للقاتل أن يأكل شيئاً من لحم الهدي، ولو أكل شيئاً منه ـ فعليه قيمةُ ما أكل، ولا يجوز دفعه، ودفع الطعام إلى ولده وولد ولده وإن سفلوا، ولا إلى والده ووالد والده وإن علوا؛ كما لا تجوز الزكاة، ويجوز دفعه إلى أهل الذمة، في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا يجوز في قول أبي يوسف؛ كما في صدقة الفطر، والصدقة المنذور بها على ما ذكرنا في كتاب «الزكاة».

وإن اختار الصيام اشترى بقيمة الصيد طعاماً، وصام لكل نصف صاع من بر يوماً عندنا؛ وهو قول ابن عباس وجماعة من التابعين؛ مثل ابراهيم، وعطاء، ومجاهد، وقال الشافعي: «يصومُ لكل مد يوماً» والصحيح قولنا؛ لما روي عن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ أنه قال: «يَصُومُ عَنْ كُلِّ نَصْفِ صَاعٍ يَوْماً»، ومثل هذا لا يعرفُ بالاجتهادِ، فتعين السماع من رسول الله ﷺ فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاع ـ فهو بالخيار؛ إن شاء تصدق به، وإن شاء صام عنه يوماً؛ لأن صوم بعض يوم لا يجوز، ويجوز الصوم في الأيام كلها بلا خلاف، ويجوز متتابعاً ومتفرقاً؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَاماً﴾ [المائدة: ٩٥] مطلقاً عن المكان، وصفة التتابع والتفرق، وسواء كان الصيدُ مما يؤكل لحمه أو مما لا يؤكل لحمه عندنا، بعد أن كان محرم[١] الاصطياد على المحرم كالضبع والثعلب وسباع الطير[٢]، وينظر إلى قيمته لو كان مأكول اللحم؛ لعموم قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنكُم مُتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] غير أنه لا يجاوز به دماً، في ظاهر الرواية.

وذكر الكرخي: أنه لا يبلغ دَماً، بل ينقص من ذلك، بخلاف مأكول اللحم؛ فإنه تجب قيمته بالغة ما بلغت، [وإن بلغت قيمته هديين أو أكثر، وقال زفر تجبُ قيمته بالغة ما بلغت،][٣] كما في مأكول اللحم. وجه قوله: إن هذا المصيد مضمونٌ بالقيمة، والمضمون بالقيمة يعتبر كمال قيمته كالمأكول.

(١) في ط: بعد أن كان محرماً والاصطياد على المحرم. . .الخ.
(٢) في أ: الطيور. (٣) سقط في أ.

ولنا: أن هذا المضمون إنما يجب بقتله من حيث إنه صيدٌ، ومن حيث إنه صيد لا تزيد قيمة لحمه على لحم الشاة، بحال، بل لحم الشاة يكون خيراً منه بكثير؛ فلا يجاوز به دماً بل ينقص منه/ ؛ كما ذكره الكرخي؛ ولأنه جزاء وجب بإتلاف ما ليس بمال، فلا يجاوز به دماً؛ ١٢٦٢أ
كحلق الشعر، وقص الأظفار، وقد خرج الجواب عما ذكره زفر، ويستوي في وجوب الجزاء بقتل الصيد المبتدىء والعائد، وهو أن يقتل صيداً، ثم يعود ويقتل آخر، وثم إنه يجب لكل صيد جزاء على حدة، وهذا قولُ عامة العلماء، وعامة الصحابة(١) ـ رضي الله تعالى عنهم ـ.

وعن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ أنه لا جَزَاءَ على العائدِ، وهو قولُ الحسن، وشريح، وابراهيم، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللهُ مِنْهُ﴾ [المائدة: ٩٥]، جعل جزاء العائد الانتقام في الآخرة؛ فتنتفي الكفارة في الدنيا.

ولنا: أن قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنكُمْ مُتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] يتناول القتلَ في كل مرة، فيقتضي وجوب الجزاء في كل مرة؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] ونحو ذلك، وأما قوله تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللهُ مِنْهُ﴾ [المائدة: ٩٥] ففيه أن الله تعالى ينتقم من العائد، وليس فيه أن ينتقم منه بماذا، فيحتمل أنه ينتقم منه بالكفّارة؛ كذا قال بعض أهل التأويل، فينتقم الله منه بالكفارة في الدنيا(٢)، وبالعذاب في الآخرة؛ على أن الوعيد في الآخرة لا ينفي وجوب الجزاء في الدنيا؛ كما أن الله تعالى جعل حَدَّ المحاربين لله ورسوله جزاء لهم في الدنيا بقوله: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا. . . .﴾ [المائدة: ٣٣]الآية، ثم قال ـ عز وجل ـ في آخرها: ﴿ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣].

ومنهم من صرف تأويل الآية الكريمة إلى استحلال الصيد، فقال الله عز وجل: ﴿عَفَا اللهُ عَمَّا سَلَفَ﴾ [المائدة: ٩٥] في الجاهلية من استحلالهم الصيد، إذا تاب ورجع عما استحل من [قتل الصيد](٣)، ومن عاد إلى الاستحلال؛ فينتقم الله منه بالنار في الآخرة وبه نقول. هذا إذا لم يكن قتل الثاني والثالث على وَجْهِ الرفض والإحلال، فأما إذا كان على وجه الرفض والإحلال لإحرامه ـ فعليه جزاءٌ واحد استحساناً، والقياس أن يلزمه لكل واحد منهما دم؛ لأن الموجود ليس إلا نية الرفض، ونية الرفض لا يتعلق بها حكم؛ لأنه لا يصير حلالاً بذلك؛ فكان وجودها والعدم بمنزلة [واحدة]، إلا أنهم استحسنوا، وقالوا: لا يجب إلا جزاء واحد؛

---

(١) في أ: عليه الصحابة.
(٢) في ط: وبالعذاب في الآخرة.
(٣) بدل ما بين المعكوفين في أ: القتل.

لأن الكل وقع على وجه واحد، فأشبه الإيلاجات في الجماع، ويستوي فيه العمد والخطأ، والذكر والنسيان عند عامة العلماء، وعامة الصحابة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ.

وعن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ أَنَّهُ لاَ كَفَّارَةَ عَلَى الْخَاطِىءِ [وقال الشافعي: لا كفارة على الخاطىء والنَّاسي](١)، والكلام في المسألة بناء وابتداء. أما البناء فما ذكرنا فيما تقدم أن الكفارة إنما تجب بارتكاب محظور الإحرام والجناية عليه، ثم زعم الشافعي أن فعل الخاطىءء والناسي لا يوصف بالجناية والحظر؛ لأن فعل الخطأ والنسيان مما لا يمكن التحرزُ عنه؛ فكان عذراً، وقلنا نحن: إن فعل الخاطىء والنَّاسي جناية وحرام؛ لأن فعلهما جائز المؤاخذة عليه عَقْلاً، وإنما رفعت المؤاخذة عليه شرعاً، مع بقاء وصف الحظر والحرمة، فأمكن القول بوجوب الكفارة، وكذا التحرز عنهما ممكن في الجملة، إذ لا يقع الإنسان في الخطأ والسهو(٢) إلا لنوع تقصير منه؛ فلم يكن عذراً منه.

ولهذا لم يعذر النَّاسي في باب الصلاة، إلا أنه جعل عذراً في باب الصوم؛ لأنه يغلب وجوده؛ فكان في وجوب القضاء حرج، ولا يغلب في باب الحج؛ لأن أحوال الإحرام مذكرة، فكان النسيان معها نادراً، على أن العذر في هذا الباب لا يمنع وجوب الجزاء؛ كما في كفارة الحلق لمرض أو أذى بالرأس؛ وكذا فوات الحج لا يختلف حكمُه للعذر وعدم العذر. وأما الابتداء: فاحتج بقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنكُمْ مُتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]، خص المتعمد بإيجابِ الجزاءِ عليه، فلو شاركه الخاطىء والناسي في الوجوب لم يكن للتخصيص معنى.

ولنا وجوه من الاستدلال بالعمد:

(أحدها): أن الكفارات(٣) وجبت رافعة للجناية؛ ولهذا سماها(٤) الله تعالى كفارة بقوله عز وجل: ﴿أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ﴾ [التوبة: ٩٥]، وقد وجدت الجناية على الإحرام في الخطأ؛ ألا ترى أن الله ـ عز وجل ـ سمى الكفارة في القتل الخطأ توبة؛ بقوله تعالى في آخر الآية: ﴿تَوْبَةً مِنَ اللهِ﴾ [النساء: ٩٢]، ولا توبة إلا من الجناية، والحاجة إلى رفع الجناية موجودة، والكفارة صالحة لرفعها؛ لأنها ترفع أعلى الجنايتين وهي العمْد، وما صلح رافعاً لأعلى الذنبين يصلح رافعاً لأدناهما، بخلاف قتل الآدمي عمداً؛ أنه لا يوجب الكفارة عندنا، والخطأ يوجب؛ لأن النص(٥)

٢٦٢ب هناك ورد بإيجاب الكفارة في الخطأ، [وذنب الخطأ دون ذنب العمد](٦) وما يصلح لرفع الأدنى/ لا يصلح لرفع الأعلى؛ فامتنع الوجوب من طريق الاستدلال؛ لانعدام طريقه.

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في أ: الناسي وهو قول الشافعي.
(٢) في أ: والنسيان.
(٣) في أ: الكفارة.
(٤) في ط: سماه.
(٥) في ط: لأن النقص هناك وجب ورد. . .الخ.
(٦) بدل ما بين المعكوفين. في أ: ودية دية العمد.

والثاني: أن المحرم بالإحرام أمن الصيد عن التعرض، والتزم ترك التعرض له؛ فصار الصيد كالأمانة عنده، وكل ذي أمانة إذا أتلف الأمانة يلزمه الغرم، عمداً كان أو خطأ، بخلاف قتل النفس عمداً؛ لأن النفس محفوظة بصاحبها، وليست بأمانة عند القاتل، حتى يستوي حكم العمد والخطأ في التعرض لها.

والثالث: أن الله تعالى ذكر التَّخيير في حال العمد، وموضوع التخيير في حال الضرورة؛ لأنه في التوسع[(١)]، وذا في حال الضرورة؛ كالتخيير في الحلق لمن به مرضٌ أو به أذى من رأسه بقوله: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦] ولا ضرورة في حال العمد.

فعلم أن ذكر التخيير فيه لتقدير الحكم به في حال الضرورة، لولاه لما ذكر التخيير، فكان إيجاب الجزاء في حال العمد إيجاباً في حال الخطأ؛ ولهذا كان ذكر التخيير الموضوع للتخفيف والتوسع في كفارة اليمين بين الأشياء الثلاثة حالة العمد ذكراً، في حالة الخطأ والنوم والجنون دلالة.

وأما تخصيصُ العامد: فقد عرف من أصلنا أنه ليس في ذكر حكمه وبيانه في حال دليلُ نفيه في حال أُخرى، فكان تمسكاً بالمسكوت فلا يصح، ويحتمل أن يكون تخصيصَ العامدِ لعظم ذنبه؛ تنبيهاً على الإيجاب على من قصر ذنبه عنه من الخاطىء والناسي من طريق الأولى؛ لأن الواجب لما رفع أعلى الذنبين؛ فلأن يرفع الأدنى [كان][(٢)] أولى. وعلى هذا كانت الآية حجة عليه والله أعلم.

ويستوي في وجوب كمال الجزاء بقتل الصيد حالُ الانفراد والاجتماع عندنا، حتى لو اشترك جماعة من المحرمين في قتل صيد يجبُ على كُلِّ واحد منهم جزاء كامل عند أصحابنا، وعند الشافعي: يجب عليهم جزاءٌ واحدٌ.

وجه قوله: إن المقتول واحد فلا يضمن إلا بجزاء واحد؛ كما إذا قتل جماعة رجلاً واحداً خطأ؛ أنه لا تجب عليهم إلا دية واحدة. وكذا جماعة من المحللين إذا قتلوا صيداً واحداً في الحرم - لا يجب عليهم إلا قيمةٌ واحدة؛ كذا هذا.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]، وكلمة ﴿مَنْ﴾ [المائدة: ٩٥] تتناول كل واحد من القاتلين على حياله؛ كما في قوله عز وجل: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ [النساء: ٩٣]، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَظْلِمْ مِنْكُمْ نُذِقْهُ

(١) في أ: لأنه للتوسع.

(٢) سقط في ط.

عَذَاباً كَبِيراً﴾ [الفرقان: ١٩]، وقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ يَكْفُرْ بِالله وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ﴾ [النساء: ٣٦]، وأقرب المواضع قوله عز وجل: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] حتى يجب على كل واحد من القاتلين خطأ كفارة على حدة، ولا تلزمه الدية؛ أنه لا يجب عليهم إلا دية واحدة؛ لأن ظاهر اللفظ وعمومه يقتضي وجوب الدية على كل واحد منهم، وإنما عرفنا وجوب دية واحدة بالإجماع، وقد ترك ظاهر اللفظ بدليل. والشافعي نظر إلى المحل، فقال: المحل وهو المقتول متحد؛ فلا يجب إلا ضمان واحد، وأصحابنا نظروا إلى الفعل، فقالوا: الفعلُ متعدد؛ فيتعدد الجزاء. ونظرنا أقوى؛ لأن الواجب جزاء الفعل؛ لأن الله تعالى سماه جزاءً بقوله: ﴿فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]، والجزاء يقابل الفعل لا المحل.

وكذا سمي الواجب كفارة بقوله عز وجل: ﴿أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٩٥] والكفارةُ جزاء الجناية بخلاف الدية؛ فإنها بدل المحل، فتتحد باتحاد المحل، وتتعدد بتعدده، وهو الجوابُ عن صيد الحرم، لأن ضمانه يشبه ضمان الأموال؛ لأنها تجب بالجناية على الحرم، والحرم واحد؛ فلا تجب إلا قيمة واحدة.

ولو قتل صيداً معلماً كالبازي والشاهين، والصقر والحمام الذي يجيء من مواضع بعيدة، ونحو ذلك ـ يجب عليه قيمتان: قيمته[١] معلماً لصاحبه بالغة ما بلغت، وقيمته غير معلم حقّاً لله تعالى؛ لأنه جنى على حقين؛ حق الله تعالى وحق العبد، والتعليم وصف مرغوب فيه في حق العباد؛ لأنهم ينتفعون بذلك، والله ـ عز وجل ـ [يتعالى عن][٢] أن ينتفع بشيء؛ ولأن الضّمان الذي هو حق الله تعالى يتعلّق بكونه صيداً، وكونه معلماً وصف زائد على كونه صيداً؛ فلا يعتبر ذلك في وجوب الجزاء، وقد قالوا في الحمامة المصوتة: إنه يضمن قيمتها مصوتة في رواية، وفي رواية: غير مصوتة.

وجه الرواية الأولى أن كونها مصوتة من باب الحسن والملاحة، والصيد مضمون بذلك، كما لو قتل صيداً حسناً مليحاً له زيادة قيمة ـ تجب قيمته على تلك الصفة، وكما لو قتل حمامة مطوقة أو فاختة مطوقة.

وجه الرواية الأُخرى على نحو ما ذكرنا: أن كونها مصوتة لا يرجع إلى كونه صيداً؛ فلا
يلزم المحرم ضمان ذلك. وهذا يشكل بالمطوقة والصيد الحسن المليح/ . ١٢٦٣أ

(١) في أ: قيمة.
(٢) في أ: غنى.

ولو أخذ بيض صيد فشواه أو كسره ـ فعليه قيمته يتصدق به؛ لما روي عن الصحابة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ أنهم حكموا في بيض النعامة بقيمته، ولأنه أصل الصيد؛ إذ الصيدُ يتولد منه، فيعطى له حكمُ الصيد احتياطاً.

فإن شوى بيضاً أو جراداً فضمنه ـ لا يحرم أكله، ولو أكله أو غيره حلالاً كان أو محرماً ـ لا يلزمه شيء، بخلاف الصيد الذي قتله المحرم؛ أنه لا يحل أكله. ولو أكل[1] المحرم الصائد منه [بعد ما أدى جزاءه][2] يلزمه [قيمةُ ما أكل][3] في قول أبي حنيفة؛ لأن الحرمة هناك؛ لكونه ميتة لعدم الذكاة؛ لخروجه عن أهلية الذكاة، والحرمةَ هٰهنا ليست لمكان كونه ميتة؛ لأنه لا يحتاج إلى الذَّكاة، فصار كالمجوسيِّ إذا شوى بيضاً، أو جراداً، أنه يحل أكله كذا هذا.

فإن كسر البيض، فخرج منه فرخ ميت ـ فعليه قيمته حيّاً يؤخذ فيه بالثقة، وقال مالك: عليه نصفُ عشر قيمته، واعتبره بالجنين؛ لأن ضمانه ضمان الجنايات، وفي الجنين نصفُ عشر قيمته كذا فيه.

ولنا: أن الفرخ صيد؛ [لأنه يفرض أن يصير صيداً، فيعطى له حكم الصيد، ويحتمل أنه مات بكسره، ويحتمل أنه كان ميتاً قبل ذلك][4] وضمان الصيد يؤخذ فيه بالاحتياط، لأنه وجب حقاً لله تعالى، وحقوق الله تعالى يحتاط في إيجابها.

وكذلك إذا ضرب بطن ظبية، فألقت جنيناً [ميتاً][5] ثم ماتت الظبية ـ فعليه قيمتهما يؤخذ في ذلك كله بالثقة، أما قيمة الأم؛ فلأنه قتلها، وأما قيمة الجنين؛ فلأنه يحتمل أنه مات بفعله، ويحتملُ أنه كان ميتاً؛ فيحكم بالضمان احتياطاً، فإن قتل ظبية حاملاً فعليه قيمتها حاملاً؛ لأن الحمل يجري مجرى صفاتها، وحسنها وملاحتها وسمتها، والصيد مضمون بأوصافه.

ولو حلب صيداً فعليه ما نقصه الحلب؛ لأن اللبن جزءٌ من أجزاء الصيد، فإذا نقصه الحلب يضمن؛ كما لو أتلف جزءاً من أجزائه كالصَّيد المملوك[6]، وأما إذا قتل الصيد تسبباً؛ فإن كان متعدياً في التسبب يضمن، وإلا فلا. بيان ذلك أنه إذا نصب شبكة فتعلق به صيد ومات، أو حفر حفيرة للصيد فوقع فيها فعطب ـ يضمن؛ لأنه متعد في التسبب.

ولو ضرب فسطاطاً لنفسه، فتعقل به صيد فمات، أو حفر حفيرة للماء أو للخبز، فوقع فيها

(١) في أ: أكله.
(٢) سقط في أ.
(٣) بدل ما بين المعكوفين. في أ: الجزاء.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ط.
(٦) زاد في أ: والله أعلم.

صيد؛ فمات ـ لا شيء عليه؛ لأن ذلك مباحٌ له فلم يكن متعدياً في التسبب. وهذا كمن حفر بئراً على قارعة الطريق، فوقع فيها إنسان أو بهيمة ومات ـ يضمن. ولو كان الحفر في دار نفسه، فوقع فيها إنسان [لا يضمن](١) لأنه في الأول متعدٌ بالتسبب، وفي الثاني: لا، كذا هذا.

ولو أعان محرمٌ محرماً أو حلالاً على صيد ـ ضمن؛ لأن الإعانة على الصيد تسبب إلى قتله، وهو متعد في هذا التسبب؛ لأنه تعاون على الإثم والعدوان، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، ولو دل عليه أو أشار إليه، فإن كان المدلول يرى الصيد، أو يعلم به من غير دلالة أو إشارة(٢) ـ فلا شيء على الدال؛ لأنه إذا كان يراه أو يعلم به من غير دلالته ـ فلا أثر لدلالته في تفويت الأمن على الصيد؛ فلم تقع الدلالة تسبباً، إلا إنه يكره ذلك [فقتله بدلالته](٣) لأنه نوعُ تحريض على اصطياده، وإن رآه المدلول بدلالته فقتله ـ فعليه الجزاء عند أصحابنا(٤)، وقال الشافعي: لا جزاء عليه.

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: وإشارة. (٣) سقط في أ.

(٤) واختلف العلماء في أكل المحرم مما صاده الحلال له، مذهب الشافعية لا جزاء عليه في الأصح، وقال المالكية: عليه الجزاء وبه قال أحمد، قال النووي في المجموع (٧/ ٣٢٠، ٣٢١) فقال الشافعي والأصحاب: يحرم على المحرم أكل صيد صاده هو، أو أعان على اصطياده، أو أعان على قتله بدلالة أو إعارة آلة، سواء دل عليه دلالة ظاهرة أو خفية، وسواء إعارة ما يستغني عنه القاتل أم لا، وهذا لا خلاف فيه، قال الشافعي والأصحاب: ويحرم عليه لحم ما صاده الحلال المحرم، سواء علم به المحرم وأمره بذلك أم لا، وهذا لا خلاف فيه أيضاً (وأما) إذا صاد الحلال شيئاً ولم يقصد اصطياده للمحرم، ولا كان من المحرم فيه إعانة ولا دلالة، فيحل للمحرم أكله بلا خلاف، ولا جزاء عليه في ذلك بلا خلاف فإن أكل المحرم مما صاده الحلال له أو بإعانته أو دلالته ففي وجوب الجزاء عليه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (**الأصح**) الجديد لا جزاء (**والقديم**) وجوب الجزاء، وهو القيمة بقدر ما أكل. هكذا قال الأكثرون تفريعاً على القديم.

قال الخرشي في المالكية ٢/ ٣٧٠ لا جزاء على المحرم بسبب دلالته على الصيد محرماً أو حلالاً إذا قتله المدلول على المشهور وكذا لو أعان المحرم محرماً أو حلالاً على الصيد بمناولة سوط أو رمح لا جزاء على المعين بل على المدلول أو المعان إذا كان محرماً.

وقال المرداوي في الإنصاف (٣/ ٤٧٤): يضمن ما دل عليه أو أشار إليه، هذا المذهب مطلقاً، وقال في المبهج: إن كانت الدلالة له ملجئة: لزمه الجزاء للمحرم، كقوله: دخل الصيد في هذه المفازة، فإن كانت غير ملجئة: لم يلزمه، كقوله: ذهب إلى تلك البرية لأنه لا يضمن بالسبب مع المباشرة إذا لم يكن ملجئاً لوجوب الضمان على القاتل والدافع، دون الممسك والحافر.

وقال في الفائق، والمختار: تحريم الدلالة والإشارة، دون لزوم الضمان بها وقال في شرح منتهى الإرادات: ويحرم على المحرم الإشارة والدلالة والإعانة، لأنه معونة على محرم، أشبه الإعانة على قتل آدمي معصوم، ويحرم على الدال أكله منه، ويجب عليه جزاؤه، وعلى من أتلفه مباشرة أو سبب من دلالة أو غيرها الجزاء. وسيأتي كلام المصنف على بعض من هذا.

وجه قوله: إن وجوب الجزاء متعلق بقتل الصيد ولم يوجد.

ولنا: ما روي عن النبي ﷺ؛ أنه قال: **«الدَّالُّ عَلَى الشَّيْءِ كَفَاعِلِهِ**[١]**، وَالدَّالُّ عَلَى الشَّرِّ كَفَاعِلِهِ»**، فظاهر الحديث يقتضي أن يكون للدلالة حكم الفعل إلا ما خصَّ بدليل.

وروي أن أبا قتادة ـ رضي الله تعالى عنه ـ شد على حمار وحش وهو حَلالٌ فقتله، وأصحابه محرمون، فمنهم مَنْ أكَلَ، ومنهم من أَبىٰ فَسَأَلُوا النَّبي ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ ﷺ: **«هَلْ أَشَرْتُمْ، هَلْ أَعَنْتُمْ فَقَالُوا: لاَ، فَقَالَ: كُلُوا إِذَنْ»**[٢] فلولا أن الحكم يختلف بالإعانة والإشارة، وإلا لم يكن للفحص[٣] عن ذلك معنى، ودلَّ ذلك عى حرمة الإعانة والإشارة، وذا يدل على وجوب الجزاء. وروي أن رَجُلاً سَأَلَ عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ فقال: إِنِّي أَشَرْتُ إِلَىٰ ظَبْيَةٍ فَقَتَلَهَا صَاحبي فَسَأَلَ عمرُ عَبْدَ الرَّحْمٰن [بْنِ عَوْفٍ ـ رضي الله تعالى عنهما ـ فَقَالَ: مَا تَرَىٰ؟ فقال: أَرَىٰ عَلَيْهِ شَاةً، فَقَالَ عُمَرُ ـ رضي الله تعالى عنه ـ وَأَنَا أَرَىٰ مِثْلَ ذَلِكَ][٤].

وروي أن رَجُلاً أشارَ إلى بيضةِ نَعَامَةٍ، فكسرها صاحبُه، فسأل عن ذلك عليّاً وابن عباس ـ رضي الله تعالى عنهما ـ فَحَكَمَا عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ. وكذا حكم عمر وعبد الرحمٰن ـ رضي الله

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٠٦) كتاب الإمارة/ باب فضل إعانة الغازي (١٨٩٣) وأبو داود (٢/ ٧٥٥) كتاب الأداب/ باب في الدال على الخير كفاعله (٢٩) والترمذي (٥/ ٤١) كتاب العلم/ باب ما جاء الدال على الخير كفاعله (٢٦٧١) وأحمد (٤/ ٢١٢٠، ٥/ ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤) والبيهقي في السنن (٩/ ٢٨) والبخاري في الأداب المفرد (٢٤٢) وابن حبان في صحيحه (١/ ٥٢٥) (٢٨٩)، (٤/ ٥٥٤) (١٦٦٨) والبغوي في شرح السنة. والطبراني ١٧/ برقم (٦٢٢) ـ (٦٣٢).

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ٩٨): كتاب الجهاد: باب ما قيل في الرماح، حديث (٢٩١٤)، ومسلم (٢/ ٨٥٢): كتاب الحج: باب تحريم الصيد للمحرم، حديث (٥٧/ ١١٩٦) وأبو داود (٢/ ٤٢٨، ٤٢٩): كتاب المناسك (الحج): باب لحم الصيد للمحرم، حديث (١٨٥٢)، والترمذي (٣/ ٢٠٤، ٢٠٥): كتاب الحج: باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم، حديث (٨٤٧)، والنسائي (٥/ ١٨٢): كتاب الحج: باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد، وابن ماجه (٢/ ١٠٣٣): كتاب المناسك: باب الرخصة في ذلك إذا لم يصد له، حديث (٣٠٩٣)، ومالك (١/ ٣٥٠): كتاب الحج: باب ما يجوز للمحرم أكله من الصيد، حديث (٧٦)، وأحمد (٥/ ٣٠٢). والدارمي (٢/ ٣٨) كتاب المناسك: باب في أكل لحم الصيد للمحرم إذا لم يصد هو والشافعي (١/ ٣٢١) كتاب الحج: باب فيما يباح للمحرم وما يحرم (٨٣٧) والحميدي (١/ ٢٠٤) رقم (٤٢٤) وعبد الرزاق (٨٣٣٧، ٨٣٣٨) وابن خزيمة (٤/ ١٧٦) رقم (٢٦٣٥) وابن الجارود (٤٣٥) والدارقطني (٢/ ٢٩١) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢/ ١٧٣ـ١٧٤) والبيهقي (٥/ ١٨٩) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ١٥٧ ـ بتحقيقنا) من طرق عن أبي قتادة به.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) في أ: للتفحص.

(٤) سقط في أ.

تعالى عنهما ـ محمولٌ على القيمةِ؛ ولأن المحرم قد أمن الصَّيد بإحرامه، والدلالة تزيل الأمن؛ لأن أمن الصَّيد في حال قدرته ويقظته يكون بتوحُّشه عن الناس، وفي حال عجزه ونومه يكون باختفائه عن الناس، والدلالة تزيل الاختفاء، فيزول الأمنُ فكانت الدلالة في إزالة الأمن
٢٦٣ب كالاصطياد؛ ولأن الإعانة والدلالة والإشارة تسبب إلى القتل، وهو متعد في هذا/ التسبب؛ لكونه مزيلاً للأمن، وأنه محظور الإحرام، فأشبه نصب الشبكة، ونحو ذلك، ولأنه لما أمن الصيد عن التعرض بعقد الإحرام، والتزم ذلك ـ صار به الصيدُ [كالأمانة][1] في يده، فأشبه المودع، إذا دل سارقاً على سرقة الوديعة.

ولو استعار محرم من محرم سكيناً؛ ليذبح به صيداً، فأعاره إياه، فذبح به الصيد ـ فلا جزاء على صاحب السكين؛ كذا ذكر محمد ـ رضي الله تعالى عنه ـ في «الأصل» من المشايخ من فصل في ذلك تفصيلاً، فقال: إن كان المستعير يتوصل إلى قتل الصيد بغيره[2] ـ لا يضمن، وإن كان لا يتوصل إليه إلا بذلك السكين ـ يضمن المعير؛ لأنه يصير كالدال.

ونظير هذا ما قالوا: لو أن محرماً رأى صيداً، وله قوس أو سلاح يقتل به، ولم يعرف أن ذلك في أي موضع، فدله محرم على سكينته[3]، أو على قوسه، فأخذه فقتله به؛ أنه إن كان يجد غير ما دلَّه عليه مما يقتله به ـ لا يضمن الدال، وإن لم يجد غيره يضمن، ولا يحل للمحرم أكل ما ذبحه من الصيد، ولا لغيره من المحرم والحلال، وهو بمنزلة الميتة؛ لأنه بالإحرام خرج من أن يكون أهلاً للذكاة، فلا تتصور منه الذكاة؛ كالمجوسي إذا ذبح[4]، وكذا

(١) بدل ما بين المعكوفين في أ: كاملاً لأنه أمانة.
(٢) في أ: بغيرها.
(٣) في أ: سكينة.
(٤) اختلف العلماء فيما إذا ذبح المحرم صيداً فأكل منه غيره فمذهب الشافعي يحرم على الغير الأكل منه على الأظهر وبه قال مالك وأحمد وحكى ابن المنذر هذا عن الحسن البصري والقاسم وسالم بن عبد الله ومالك والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي قال: وقال الحكم وسفيان الثوري وأبو ثور: لا بأس بأكله. وقال الحسن البصري في رواية عنه وعمرو بن دينار وأيوب السختياني: يأكله الحلال قال ابن المنذر: وهو مذكى كذبيحة السارق.
وقال النووي في المجموع (٧/ ٣٢١) إذا ذبح المحرم صيدا حرم عليه بلا خلاف، وفي تحريمه على غيره قولان اللذان ذكرهما المصنف (**الجديد**) تحريمه وهو الأصح عند الجمهور. وقال القاضي أبو الطيب في تعليقه: صحح كثيرون من أصحابنا هذا القديم. وقال القاضي أيضاً في كتابه المجرد: وقال أصحابنا: القديم هنا هذا كلامه، والصحيح عند الجمهور هو الجديد.
وقال المواق من المالكية (٣/ ١٧٧) ما صاده محرم أو صيد له، ميتة. وما ذبح المحرم من الصيد بيده أو صاده بكلبه فأدى جزاءه فلا يأكله حلال، أو حرام، لأنه ميتة، وما ذبح من محرم بأمره، أو بغير أمره، وولى ذبحه حلال أو حرام، فلا يأكله محرم ولا حلال وما صاده المحرم فأدى جزاؤه فلا يأكله فإن أكل =

الصيد خرج من أن يكون محلاً للذبح في حقه؛ لقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾ [المائدة: ٩٦]، والتحريم المضاف إلى الأعيان يوجب خروجها عن محلية التصرف شرعاً؛ كتحريم الميتة، وتحريم الأمهات، والتصرف الصادر من غير الأهل، وفي غير محله يكون ملحقاً بالعدم، فإن أكل المحرم الذابح منه ـ فعليه الجزاء، وهو قيمته في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي ـ رحمهم الله تعالى ـ: ليس عليه إلا التوبة والاستغفار، ولا خلاف، في أنه لو أكله غيره لا يلزمه إلا التوبة والاستغفار، وجه قولهم: إنه أكل ميتة، فلا يلزمه إلا التوبة والاستغفار؛ كما لو أكله غيره.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ؛ أنه تناول محظور إحرامه؛ فيلزمه الجزاء، وبيان ذلك أن كونه ميتة لعدم الأهلية والمحلية، وعدم الأهلية والمحلية بسبب الإحرام؛ فكانت الحرمة بهذه الواسطة مضافة إلى الإحرام، فإذا أكله فقد ارتكب محظورَ إحرامه فيلزمه الجزاء، بخلاف ما إذا أكله محرم آخر؛ أنه لا يجب عليه جزاء ما أكل؛ لأن ما أكله ليس محظور إحرامه، بل محظور إحرام غيره؛ وكما لا يحل له لا يحل لغيره[(١)] ـ محرماً كان أو حلالاً ـ [أكله][(٢)] عندنا، وقال الشافعي: يحل لغيره أكله.

وجه قوله: إن الحرمة لمكان أنه صيد؛ لقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾ [المائدة: ٩٦]، وهو صيدُه لا صيد غيره؛ فيحرم عليه لا على غيره.

ولنا: أن حرمته لكونه ميتة؛ لعدم أهلية الذكاة ومحليتها؛ فيحرم عليه وعلى غيره كذبيحة المجوسي، هذا إذا أدى الجزاء ثم أكل، فأما إذا أكل قبل أداء الجزاء فقد ذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» أن عليه جزاء واحداً، ويدخل ضمانُ ما أكل في الجزاء.

وذكر القدوري في شرحه «مختصر الكرخي»؛ أنه لا رواية في هذه المسألة؛ فيجوز أن يقال: يلزمه جزاءٌ آخرُ، ويجوز أن يقال: يتداخلان، وسواء تولى صيده بنفسه أو بغيره من المحرمين بأمره، أو رمى صيداً فقتله، أو أرسل كلبه أو بازيه المعلم؛ أنه لا يحل له؛ لأن صيد غيره بأمره، صيده معنى، وكذا صيد البازي والكلب والسهم، لأن فعلَ الاصطياد منه، وإنما

= منه لم يكن عليه جزاء آخر لأنه لحم ميتة وقال الحطاب: لو صيد له وهو محرم ولم يذبح له حتى حل فذلك مكروه ولا جزاء فيه.

وقال المرداوي في الإنصاف (٣/ ٤٨١) لو ذبح المحرم صيداً، أو قتله: فهو ميتة. نص عليه. وعليه الأصحاب. فيحرم أكله على المحرم والحلال. ولو ذبح مُحِل صيد حرم. فكالمحرم.

(١) في أ: بل محظور غيره ولا يحل لغيره.

(٢) سقط في ط.

ذلك آلة الاصطياد، والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة، ويحل للمحرم أكلُ صيد اصطاده الحلال لنفسه عند عامة العلماء.

وقال داود بن علي الأصفهاني: لا يحل، والمسألة مختلفة بين الصحابة ـ رضي الله تعالى عنهم ـ روي عن طلحة، وعبيد الله، وقتادة وجابر، وعثمان في رواية أنه يَحِلُّ، وعن علي، وابن عباس، وعثمان في رواية؛ أنه لاَ يَحِلُّ.

واحتج هؤلاء بقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾ [المائدة: ٩٦]، أخبر أن صيدَ البر محرم على المحرم مطلقاً، من غير فصل بين أن يكون صيد المحرم أو الحلال، وهكذا قال ابن عباس: إنَّ الآيَةَ مبهمةٌ لا يحلُّ لك أن تَصِيدَهُ، ولا أَنْ تَأْكُلَهُ، وروي عن ابن عباس ـ رضي الله تعالى عنه ـ أن الصعب بن جثامة أهدي إلى رسول الله ﷺ لَحْمَ حِمَارِ وَحْشٍ وَهُوَ بِالأبْوَاء أَوْ بودان فَرَدَّهُ، فَرَأَى النبيّ ﷺ في وَجْهِهِ كَرَاهَةً، فَقَالَ: **«لَيسَ بِنَا رَدٌّ عَلَيْكَ وَلَكِنَّا حُرُمٌ»**(١) وفي رواية قال: «لَوْلاَ أَنَّا حُرُمٌ لَقَبِلْنَاهُ مِنْكَ».

وعن زيد بن أرقم؛ أن النبي ﷺ نَهَى الْمُحْرِمَ عَنْ لَحْمِ الصَّيْدِ مُطْلقاً(٢).

ولنا: ما روي عن أبي قتادة ـ رضي الله تعالى عنه ـ أنه كان حَلاَلاً وأصحابُهُ مُحْرِمُونَ فَشَدَّ عَلَىٰ حِمَارِ وَحْشٍ فَقَتَلَهُ فَأَكَلَ مِنْهُ بَعْضُ أَصْحَابِهِ وَأَبَى الْبَعْضُ فَسَأَلُوا عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: **«إِنَّمَا هِيَ طُعْمَةٌ أَطْعَمَكُمُوهَا الله، هَلْ مَعَكُمْ مِنْ لَحْمِهِ شَيْءٌ»**(٣).

---

(١) في أ: إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم والحديث أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده (١/ ٢١٣ ـ منحة المعبود)، حديث (١٠٢٧)، وأخرجه أحمد في المسند (١/ ٢٣٠، ٣٤٢)، ومسلم (٤/ ٣٦٢ ـ نووي): كتاب الحج: باب تحريم الصيد للمحرم، حديث (٥٣/ ١١٩٤)، والنسائي (٥/ ١٨٤، ١٨٥): كتاب المناسك: باب ما لا يجوز للمحرم أكله من الصيد، حديث (٢٨٢٠)، والطحاوي في «شرح معاني الأثار» (٢/ ١٧١): كتاب الحج: باب الصيد يذبحه الحلال في الحل، هل للمحرم أن يأكل منه، والبيهقي في «سننه» (٥/ ١٩١)، وأخرج ابن حبان في صحيحه (٩/ ٢٨٢ ـ الإحسان)، حديث (٣٩٧٠)، من حديث ابن عباس فذكره.

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٣٦٩، ٣٧١)، وعبد بن حميد (ص: ١١٥)، حديث (٢٦٩)، وأبو داود في «سننه» (٢/ ١٧٠): كتاب المناسك (الحج): باب لحم الصيد للمحرم، حديث (١٨٥٠)، والنسائي (٥/ ١٨٤): كتاب المناسك: باب ما لا يجوز للمحرم أكله من الصيد، حديث (٢٨٢١)، وأخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٤/ ١٧٩، ١٨٠)، حديث (٢٦٤٠)، وأخرجه الطحاوي في «شرح معاني الأثار» (٢/ ١٦٩): كتاب الحج: باب الصيد يذبحه الحلال في الحل، هل للمحرم أن يأكل منه أم لا؟، والبيهقي (٥/ ١٩٤): كتاب الحج: باب المحرم لا يقبل ما يهدى له من الصيد حياً، بلفظ أن ابن عباس قال لزيد ـ رضي الله عنهما ـ: يا زيد بن أرقم، هل علمت أن رسول الله ـ ﷺ ـ أهدي إليه عضو صيد، فلم يقبله، وقال: إنا حرم؟ قال: نعم.

(٣) نقدم تخريجه قريباً.

وكذا لو قال لها : « أعطيتك مائة درهم ، على أن تكوني امرأتي » - فهو جائز إذا قبلت ذلك بمحضر من الشهود ، ويكون هذا كناية عن النكاح ابتداء .

وكذا لو قال : « تزوجتك أمس على ألف درهم » فقالت : « لا » ، فقال : « أزيدك مائة على أن تقري لي بالنكاح » ، فأقرت : كان لها ألف ومائة ، والنكاح جائز ، ويحمل إقرارها على الصحة .

وكذا لو ادعى على رجل مجهول النسب أنه عبده ، فأنكر وقال : « إني حر الأصل » ، فصالح المدعى عليه ، مع المدعي ، على بدل معلوم : جاز - حتى لو أقام المدعي البينة بعد ذلك : لا تقبل ، ويصير ذلك بمنزلة العتق ببدل ، ولكن تقبل البينة في حق إثبات الولاء .

ولو ادعى على رجل ألف درهم ، فأنكر ، فقال : « أقر لي بها عليك على أن أعطيك مائة درهم » - كان باطلاً ، لأن هذا إيجاب الألف على نفسه بمائة درهم .

وكذلك لو صالح القاذف مع المقذوف ، بشيء ، على أن يعفو عنه ، ولا يخاصمه - فهو باطل .

وكذلك لو صالح الشاهد ، بمال ، على أن لا يشهد عليه ، أو أراد أن يشهد على الزاني أو السارق أو القاذف ، فصالحوه على مال : فالصلح باطل ، ولا تقبل شهادته في هذه الحادثة ، وفي غيرها ، إلا أن يتوب ويسترد المال منه في جميع ذلك .

ولو ادعى رجل قبل رجل ، وديعة ، أو عارية ، أو مالا مضاربة ، أو إجارة ، فقال الأمين : « قد رددتها عليك » أو « هلكت » ، ثم صالحه على مال : فإن الصلح باطل عند أبي يوسف ، وعند محمد : جائز - وهي من الخلافيات .

وأما إذا كان الصلح بين المدعي والأجنبي :

فلا يخلو : إما إن كان بإذن المدعى عليه ، أو بغير إذنه .

أما إذا كان بإذنه :

فإنه يصح الصلح ، ويكون وكيلا عنه في الصلح ، ويجب المال على المدعى عليه ، دون الوكيل ، سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار ، لأن الوكيل في الصلح لا ترجع إليه الحقوق ـ وهذا اذا لم يضمن بدل الصلح عن المدعى عليه ، فأما إذا ضمن : فإنه يجب عليه ، بحكم الكفالة والضمان ، لا بحكم العقد .

فأما إذا كان بغير إذنه :

فهذا صلح الفضولي . وهو على أربعة أوجه :

في ثلاثة منها : يصح الصلح ، ويجب المال على المصالح الفضولي ، ولا يجب على المدعى عليه شيء ـ بأن يقول الفضولي للمدعي : « أصالحك من دعواك هذه على فلان بألف درهم على أني ضامن لك هذه الألف » أو « عليَّ هذه الألف » أو قال « عليّ ألفي هذه أو على عبدي هذا » : أضاف المال إلى نفسه ، أو عين البدل فقال : « عليَّ هذه الألف أو عليَّ هذا العبد » ، وإنما كان هكذا ، لأن التبرع بإسقاط الدين ، بأن يقضي دين غيره بغير إذنه ، صحيح ، والتبرع بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح ، والصلح عن إقرار إسقاط للدين ، والصلح عن إنكار إسقاط للخصومة ، فيجوز كيفما كان .

وفي فصل واحد ـ لا يصح ، بأن قال : « أصالحك من دعواك هذه مع فلان على ألف درهم ، أو على عبد وسط » ـ فإن هذا الصلح موقوف على إجازة المدعى عليه : فإن أجاز : يصح ، ويجب المال عليه دون المصالح ، لأن الإجازة بمنزلة ابتداء التوكيل ، والحكم في التوكيل كذلك ، وإن لم يجز : يبطل الصلح ، لأنه لا يجب المال ، والمدعى به لا يسقط .

وعلى هذا ـ **الخلع من الأجنبي** : على هذه الفصول :

إن كان بإذن الزوج : يكون وكيلاً عنه ، ويجب المال على المرأة للزوج دون الوكيل ، لأنه معبر وسفير ، فلا يرجع إليه بالحقوق .

وإن كان بغير إذنه : فإن وجد من الفضولي ضمان بدل الخلع أو قال : « خالع امرأتك على كذا درهم عليّ أو على عبدي هذا أو عليَّ هذا الألف أو عليَّ هذا العبد » ـ فإن الخلع صحيح ، ويجب المال على الفضولي ، وليس له أن يرجع ، لأنه متبرع .

وإن قال : « اخلع امرأتك على كذا » ، فقال : « خلعت » ـ فإنه موقوف على إجازة المرأة : فإن أجازت : صح الخلع ، ويجب البدل عليها دون الفضولي . وإن لم تجز : بطل الخلع ، ولا يقع الطلاق .

وعلى هذه الفصول : **العفو عن دم العمد من الأجنبي** .

وعلى هذه الفصول : **الزيادة في الثمن** من الأجنبي : إن كانت بإذنه : يكون وكيلاً ، وتجب على المشتري . وإن كانت بغير إذن المشتري : فهو على الفصول التي ذكرنا .

باب آخر
من الصلح

جمع في الباب مسائل متفرقة :

منها :

ـ أن من كان له على آخر ألف درهم ، فقال للمديـون : « أصالحـك على أن أحط عنك منها خمسمائة على أن تعطيني اليوم خمسمائة » ـ فصـالحه على ذلك : قال أبو حنيفـة ومحمد : إن أعـطاه خمسمائـة في ذلك اليـوم : بـرىء من الخمسمائـة الأخرى ، وإن لم يعـطه حتى مضى اليوم : انتقض الصلح ، وعادت الألف عليه كما كانت . وقـال أبو يـوسف بأنـه يبرأ من الخمسمائة ، ويبقى عليه خمسمائة .

ـ وأجمعوا أنه إذا قال : « أصالحـك عن الألف على خمسمـائة تعجلهـا اليـوم فإن لم تعجلهـا فالألف عليـك » ـ ولم يعجل اليـوم : بطل الصلح ، وعليه الألف .

وحاصل هذا ـ أن عندهما : هذا الكلام ، في موضـع الإجماع ، وهـو الفصل الثاني ، ليس تعليق البراءة عن خمسمائة بشرط تعجيل خمسمائـة ، لأن الألف كلهـا معجلة بحكم عقد المـداينة ، فـلا معنى لاشتراطـه وهـو ثـابت ، ولأن تعليق البراءة بـالشرط لا يجـوز ، لأنه تمليـك من وجـه حتى يـرتد بـالرد ، وهـذا الكلام صحيـح بـالإجمـاع ، ولكنـه حط وإبـراء عن الخمسمائة للحال ، وتعليق فسخ البراءة بترك التعجيـل في اليوم ، وتعليق الفسخ بالشـرط جائـز ، فإن من قـال لغيره : « أبيعـك هذا العبـد بألف

درهم على أن تعجلها اليوم ، فإن لم تعجلها فلا بيع بيننا » ـ فإن البيع جائز ، وجعل ترك التعجيل شرطاً في الفسخ ، فكذا هذا ـ وهذا المعنى موجود في فصل الخلاف .

وعند أبي يوسف : هذا تعليق البراءة بشرط التعجيل ، والبراءة لا يصح تعليقها بالشروط ـ وجه قول أبي يوسف أنه صالح على عوض بشرط تعجيله ، فاذا لم يوجد الوفاء ، بالتعجيل ، لم ينفسخ العقد بدون شرط الفسخ صريحاً ، ولم يوجد ، فبقي الحط صحيحاً ، كما إذا قال : « بعتك هذا العبد بألف على أن تعجلها اليوم » . بخلاف الفصل المجمع عليه ، لأن ذلك صلح على خمسمائة للحال ، وجعل ترك التعجيل شرطاً للفسخ ـ عرفنا ذلك بالتنصيص على ذلك الشرط .

ـ ولو صالح على أن « يعطيه خمسمائة إلى شهر على أن يحط عنه خمسمائة الساعة ، فإن لم يعطه إلى شهر ، فعليه الألف » ـ فهو صحيح ، لأن هذا إبراء للحال ، وتعليق لفسخ الإبراء بالشرط .

وعلى هذا الكفالة : إذا أخذ منه كفيلاً بألف درهم ، فصالح معه على أن يحط خمسمائة وشرط على الكفيل ذلك إن أوفاه خمسمائة الى شهر ، فإن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر ، فعليه الألف : فهو جائز ، والألف على الكفيل إن لم يوفه ، لما قلنا .

ولو ضمن الكفيل الألف مطلقاً ، ثم قال : « عنك حططت خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة ، فإن لم توفني فالألف عليك » ـ فهذا صحيح ، وهو أوثق من الأول .

ـ ولو قال لمن عليه الألف : « متى ما أديت إليّ خمسمائة فأنت تبرأ عن الباقي » ـ فإن هذا لا يصح ، ويبقى عليه الألف ، لأن هذا تعليق البراءة بالشرط .

- وكذلك إذا قال : « صالحتك على أنك متى ما أُديت إليَّ خمسمائة فأنت بريء من خمسمائة » - لا يصح ، لما قلنا .

- وكذا من قال هذه المقالة لمكاتبه : « إذا أُديت إليّ خمسمائة فأنت بريء من باقي الكتابة » ، لما قلنا .

ولو قال له : « إن أديت إليّ خمسمائة فأنت حر » ، والبدل ألف - يصح ، ويبرأ ، لأن هذا تعليق العتق ، وتثبت البراءة حكماً .

ومنها :

المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً ، فصالحه البائع من العيب ، على شيء دفعه اليه ، أو حط عنه من ثمنه شيئاً : فإن كان المبيع مما يجوز رده على البائع ، أو كان له حق المطالبة بأرشه دون رده : فالصلح جائز ، لأن هذا صلح عن حقه . وإن لم يكن له حق الرد ولا أخذ الأرش : لا يجوز الصلح ، لأن هذا أخذ مال ، لا بمقابلة شيء ، فلا يجوز .

وهذا إذا كان بيعاً ، يجوز فيه التفاضل .

وأما اذا كان في بيع الربا : فلا يجوز لأنه يؤدي إلى الزيادة ، وهو ربا ، فلا يجوز .

وفي الموضع الذي جاز - إذا زال العيب ، بأن انجلى البياض : يبطل الصلح ، ويأخذ البائع ما أُدى ، لأنه زال حقه .

ولو صالح عن عيب قائم ، وعن كل عيب - يجوز .

ولو لم يجد به عيباً ، وصالح ، مع هذا ، عن كل عيب : جاز ، لوجود سبب الحق .

ولو صالح عن عيب خاص ، كالعمى ونحوه - يجوز ، لأنه لما جاز عن كل عيب ، جاز عن الواحد .

كتاب
المزارعـــة

في الكتـاب فصلان : فصـل في المزارعـة ، وفصل في المعـامـلات . ونحتاج إلى :

تفسيرهما في عرف اللغة والشرع .

وإلى بيان مشروعيتهما ،

وإلى بيان أنواع المزارعة ،

وإلى بيان شرائط المزارعة : المصححة منها والمفسدة ،

وإلى بيان المعاني التي تجعـل عذراً في فسـخ المزارعـة ، والامتناع منهـا بعد الشروع فيها .

أما الأول ـ فنقول :

المـزارعة عبـارة عن عقد الـزراعـة ، ببعض الخـارج . وهـو إجـارة الأرض ، أو العامل ، ببعض الخارج .

وأما إجارتها بالدراهم والدنانير في الذمة ، أو معينة ، فلا يكـون عقد مزارعة بل سمي إجارة ، وقد ذكرنا في كتاب الإجارة .

وكذا **المعاملة** : هو إجارة العامل ، ليعمـل في كرمـه وأشجاره ، من السقي والحفظ ، ببعض الخارج .

وأما بيان المشروعية :

فقال أبو حنيفة : كلتاهما فاسدتان غير مشروعتين .

وقال أبو يوسف ومحمد : كلتاهما مشروعتان .

وقال الشافعي : المعاملة مشروعة ، دون المزارعة ـ وهي معروفة في الخلافيات .

وأما بيان أنواع المزارعة :

ذكر في الكتاب وقال : المزارعة أنواع أربعة . وهي كذلك في الظاهر ، لكن يتفرع منها أنواع أخر ، ومعرفة ذلك مبنية على معرفة أصول :

منها ـ أن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة ـ لأنها إما إجارة الأرض ، أو العامل ، ببعض الخارج : إن كان البذر من قبل صاحب الأرض : فهو مستأجر العامل ليعمل له في أرضه ، بما يعطيه من العوض ، وهو بعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر . وإن كان البذر من العامل : فهو مستأجر الأرض ، ليزرعها ، ببعض الخارج ، الذي هو نماء ملكه وهو البذر .

ومنها أيضاً ـ معنى الشركة بين المتعاقدين ، لكون الخارج مشتركاً ، بينهما ، على قدر ما سميا في العقد .

إذا ثبت هذا فنقول :

قد جاء الشرع بجواز المزارعة ببعض الخارج إذا كان عوضاً عن منفعة الأرض ، أو عن منفعة العامل ، بخلاف القياس ، لحاجة الناس ، لأن الأجرة معدومة مجهولة ، فمتى كان العقد على هذا الوجه : يكون مزارعة صحيحة ، وإلا فيكون مزارعة فاسدة .

وأصل آخر ـ وهو أن صاحب البذر يستحق الخارج بسبب أنه نماء ملكه ، لا بالإجارة ، والذي ليس بصاحب البذر يستحق الخارج بالشرط ، وهو عقد المزارعة ـ فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب البدل

المسمى ، وإذا كان فاسداً لا يستحق البدل المسمى ولكن يجب أجر المثل بمقابلة منفعة الأرض ، أو منفعة العامل ، لأنه لم يرض ببذل المنفعة من غير عوض . لكن عند محمد : يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، وعند أبي يوسف : مقدراً بقيمة الخارج المسمى - ذكر الخلاف في كتاب الشركة - ويكون الخارج كله لصاحب البذر لأنه نماء ملكه . ثم إذا كان البذر من صاحب الأرض ، يكون الزرع كله له ، طيباً ، ولا يتصدق بشيء ، لأنه نماء ملكه ، وقد حصل في أرضه . وإن كان البذر من العامل فإن الخارج ، بقدر بذره وبقدر ما غرم من أجر مثل الأرض والمؤن ، يطيب له ، لأنه أدى عوضه ، ويتصدق بالفضل على ذلك ، لأنه - وإن تولد من بذره - لكن في أرض غيره ، بعقد فاسد ، فأورث شبهة الخبث .

وعلى هذا قالوا - في المزارعة الصحيحة : إذا لم تخرج الأرض شيئاً لا يجب على واحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الأرض ، لأن الواجب هو الخارج ، لكون التسمية صحيحة ، فتقومت المنافع بهذا البدل ، فمتى لم يوجد بقيت المنافع على الأصل ، وهي غير متقومة .

وفي المزارعة الفاسدة : يجب أجر المثل وإن لم تخرج الأرض شيئاً ، لأن المنافع تتقوم ههنا بأجر المثل ، ففوت الخارج لا يمنع من وجوبه .

إذا ثبت هذا فنقول :

ذكر في الكتاب وقال : المزارعة أنواع أربعة ، وهي في الظاهر كذلك ، ولكن يتفرع منها أنواع أخر .

أما بيان الأربعة :

- أن يكون الأرض والبذر من رب الأرض ، والبقر والعمل وآلاته من العامل .

- أو يكون الأرض والبقر والبذر من رب الأرض ، والعمل من العامل لا غير .

- أو تكـون الأرض وحـدهـا من صـاحب الأرض ، والبـاقي كله من العامل .

- أو تكـون الأرض والبقر من صـاحب الأرض ، والبذر والعمـل من العامل .

ففي الثـلاثـة الأولى - المـزارعـة صحيحـة ، لأن في الفصـل الأول صاحب الأرض مستأجر للعمل ، والبقر آلة العمل ، فيكون تبعاً له ، فلا تكون الأجرة بمقابلة البقر ، كمن استأجر خياطاً ليخيط بآلته : يجوز .

وفي الفصل الثاني : صاحب الأرض مستأجر للعامل أيضاً وحده .

وفي الفصل الثالث : يكون العامل مستأجراً للأرض وحدها .

وقـد ذكرنـا أن استئجار الأرض وحـدها ، واستئجـار العامـل ببعض الخـارج وحده - يكـون مـزارعـة صحيحـة ، لـورود الحـديث فيـه مخـالفـاً للقياس .

وفي الفصـل الرابـع - لا يجوز ، لأنـه يصـير صـاحب البـذر ، وهـو العامل مستأجراً للأرض والبقر ، ببعض الخـارج ، فيكون البعض بمقـابلة البقر مقصوداً ، ولم يرد الشرع به ، فبقي على أصل القياس .

وروي عن أبي يوسف في الأمالي أنها جائزة .

وأما ما يتفرع منها :

- الاستئجار بالبذر : وهو أن يدفع الرجل بذراً إلى رجل ، ليزرعه في أرضـه ، ببقره ، بنصف أو بثلث - فـالمزارعـة فاسـدة ، لما قلنـا إنه يصـير مستأجراً الأرض والعامل جميعاً ، ولم يرد الشرع به .

وروي عن أبي يوسف أنها جائزة .

- ومنهـا : أن يشتـرك أربعـة : من أحـدهم الأرض ، ومن الآخـر البذر ، ومن الثالث البقر ، ومن الرابـع العمل - فهي فـاسدة . وفي عـين

هذه الحادثة ورد الأثر بالفساد .

ـ ولـو شرط عمـل صاحب الأرض مـع العامـل : لا يجـوز ، لأنـه لم يـوجد تخليـة الأرض ، ويجب أجر المثـل فيما إذا كـان البذر من العـامل ، ويجب أجر مثل عمل العامل إذا كان البذر من صاحب الأرض .

ولو شرط عمل عبد صـاحب الأرض على أن يكـون الخارج أثـلاثاً : ثلثـه لصاحب الأرض ، وثلثـه لعبده ، وثلثـه للعامـل ـ إن كان البـذر من صاحب الأرض : جاز ، لأنه مستأجر للعامل ، فيكون العبـد مُعِيناً لـه ، ويكون نصيب العبد لصـاحبه . وإن كـان البذر من العـامل : لا يجـوز ، ويكون الخارج لصاحب البذر ، وعليـه أجر مثـل الأرض والعبد ، وكـذا أجر البقر إن كان من صاحب الأرض أيضاً .

ولـو شرط عمـل رجل أجنبي مـع العامـل ، عـلى أن الخـارج يكـون أثلاثاً : فإن كان البذر من العامل : لا يجوز في حق العامل الثـاني ، ويجوز فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول ـ فيكون الثلث لصاحب الأرض ، والثلثان للعامل الأول ، وللعامل الثاني أجر المثل .

وإن كان البذر من صاحب الأرض : جاز ـ ويكون الثلث له ، ولكل عامل الثلث ، لأنه يصير مستأجراً للعاملين ، وهذا جائز .

وأما شرائط الصحة والفساد :

فمن شرائط الصحة ـ بيان المدة : سنة أو أكثر ـ وهذا جواب ظـاهر الرواية .

وعن محمد بن سلمة[1] أنـه قال : هـذا في بلادهم ،لأن وقت الزراعة

(١) هو أبو عبد الله محمد بن سلمة الفقيه ـ تفقه على أبي سليمان الجوزجـاني وتفقه عليـه أبو بكـر محمد ابن أحمد الإسكاف وهو شيخ أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحـاوي . ومات سنـة ٢٧٨ هـ وهو ابن سبع وثمانين سنة .

متفاوت ، فيصير ابتداء الزراعة مجهولاً ، أمـا في بلادنـا فيجب أن يجوز ، لأن وقته معلوم ، فصار كالمعاملة ، ويقع على أول زرع يخرج .

وأما في المعاملة فالقياس أن يشتـرط بيان المـدة ، وفي الاستحسان أنـه يقع على أول ثمر يخرج ، فإذا انتهى الثمر انتهى العقد .

فأما في الرطاب ـ فإذا دفع الأرض ليـزرع الرطـاب ودفع بـذرها ، أو دفع أرضاً فيهـا أصول رطبـة ثابتـة ، ولم يسم المدة : فـإن كان شيئـاً ليس لابتداء نباتـه ، ولا لانتهاء جـزه ، وقت معلوم : لا يجوز ، فـأما إذا كـان وقت جـزه معلوماً : فـإنه يجـوز ، ويقع عـلى وقت جـزة واحـدة ، كـما في الشجرة المثمرة .

ولو دفع إليـه نخلاً فيهـا طلع[1] وبُسْر[2] أحمـر أو أصفر أو أخضـر : فإنـه يجوز ، وإن لم يبيّن الوقت ، لأن وقت إدراكه معلوم .

ولو دفع إليه البُسْر وقـد تناهى عـظمه ، لكن لم يصـر رطباً بعـد ـ لا يجوز ، لأنه لم يبق للعامل عمل يحصل به الثمر .

وكـذا الجواب في دفـع الزرع مـزارعة : إن كـان بقلاً لم يَسْتَحْصِـد : جاز ، وإن استحصد : لا يجوز ، لما قلنا .

ومنها ـ إذا شرط على العامل شرطـاً يبقى منفعته إلىٰ السنـة الثانيـة ، وقـد دفع الأرض مـزارعـة سنـة ، كحفـر الأنهار الصغـار والآبـار ووضـع المُسَنّاة[3] : تفسد المزارعة ، وإن كان في موضع لا يبقى : يجوز .

وعـلى هذا ـ إذا شـرط الكراب[4] : لا تفسـد ، لأنه لا تبقى منفعته في

---

(١) الطلع ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق .

(٢) البُسْر التمر اذا لون ولم ينضج .

(٣) المُسَنّاة حائط يبنى في وجه الماء ويسمى السد .

(٤) كرب الأرض كراباً قلبها للحرث .

السنة الثانية ، وإن شرط الثنيان : تفسد - وبعضهم قالوا : أراد به تثنية الكراب مرتين ومراراً ، وهذا تبقى منفعته في السنة الثانية . ومنهم من قال : أراد به أن تثنى الكراب بعد انقضاء مدة المزارعة ، حتى يرد الأرض مكروبة إلى صاحبها ، وهو شرط مفسد .

ثم شرط الكراب إذا لم يكن مفسداً - هل يلزم المزارع ؟ فنقول : يلزم بالشرط ، لأنه سبب لزيادة الغلة ، فصار كمن اشترى جارية على أنها خبازة أو كاتبة - فيجبر على الكراب لو امتنع .

ولو عقد المزارعة مطلقاً ، هل يجب الكراب على العامل ؟ إن كان بحال يخرج الأرض زرعاً معتاداً من غير كراب : لا يلزمه ، وإن كان لا يخرج زرعاً معتاداً : فإنه يجبر عليه ، وإن كان يخرج شيئاً قليلاً ، لأنه وجب عليه مطلق عمل الزراعة ، فيقع على أدنى عمل معتاد ، فأما غير المعتاد من الزرع القليل : فلا عبرة به .

وكذا السقي : يجب عليه إذا كان لا يخرج زرعاً ، معتاداً ، بماء السماء وحده .

ولو دفع على أنه : « إن زرع بكراب ، فله كذا . وإن ثنى فله كذا . وإن زرع بغير كراب وثنيان ، فكذا » - صح العقد ، في ظاهر الرواية .

وكذا إذا قال : « إن زرع حنطة فله كذا ، وإن زرع شعيراً فله كذا » - فهو على هذا أيضاً .

ومنها - أن يشترط الحصاد ، والدياس[1] ، والتذرية ، والحمل إلى موضع البيدر[2] : فهو شرط مفسد للعقد ، في ظاهر الرواية ، وروي عن أبي يوسف أنه شرط صحيح - وهو قول مشايخ خراسان .

---

(١) الدياس مثل الدِّراس . وقد استعمل الفقهاء « الدياس » استعمال الدياسة ، الدياسة في الطعام أن يوطأ بقوائم الدواب أو يكرر عليه المدوس حتى يصير تبنا .

(٢) بيدر الحنطة كومها . والبيدر هو الموضع الذي يجمع فيه الحصيد ويداس .

وأما شرط الحمل ، بعد القسمة ، إلى منزل صاحب الأرض : فهو مفسد بالاتفاق .

ومنها ـ التخلية بين الأرض والمزارع : شرط الصحة ، وقد ذكرنا .

وأما المعاني التي تجعل عذراً للفسخ ، أو تجعل عذراً في الامتناع عن العمل أو حق أخذ الأرض ـ فنقول :

إذا عقد عقد المزارعة ، ثم أراد أحدهما الامتناع :

فإن كان صاحب البذر : له ذلك ، لأنه لا يمكنه الشروع ، إلا بعد إتلاف ملكه ، وهو البذر .

وإذا لم يكن صاحب البذر : ليس له ذلك ، إلا بعذر يفسخ به العقد .

ولو مات أحدهما : فللآخر أن يمتنع إن كان قبل الشروع . وبعد الشروع : ينفسخ العقد ، عندنا ـ خلافاً للشافعي ، على التفصيل الذي نذكر .

والأعذار الموجبة حق الفسخ ـ في جانب صاحب الأرض هو الدين الذي لا وجه لقضائه إلا بثمن الأرض ، أو كون العامل جانياً .

وفي جانب العامل هو المرض الذي يعجزه عن العمل ، والسفر ، ونحو ذلك .

ثم إذا فسخ أو ترك العقد ، وقد عمل فيها العامل من الكراب ، وكرى السواقي ، ونحوها : فإنه لا يأخذ شيئاً من صاحب الأرض ، لأنه لا قيمة للمنافع ، وهما قوماها بالخارج ، وقد بطل سبب الاستحقاق ، بالفسخ ـ لكن هذا في الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى : فعليه أن يرضي العامل بإعطاء عوض عمله .

ثم بيان كيفية الفسخ بموت أحد العاقدين - فنقول :

إن مات رب الأرض ، والزرع بقل ، وقد عقد المزارعة ثلاث سنين - فإنه يبقى العقد في هذه السنة ، لهذا المزرع ، وليس لورثة رب الأرض أخذ الأرض ، ولكن تترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد ، فاذا استحصد قسموه على شرطهم ، وتنتقض المزارعة ، فيما بقي من السنين ، وإنما يبقى العقد نظراً للجانبين شرعاً .

ولو مات المزارع ، والزرع بقل : فإن كان ورثة المزارع قالوا : « نحن نعمل » : فليس لصاحب الأرض أن يقلع . وتبقى المزارعة حكماً . فأما إذا قال ورثة المزارع : « نحن لا نعمل ، ولكن نقلع الزرع ، والبقل بيننا » - لا يجبرون على العمل ، ويقال لصاحب الأرض : « اقلع فيكون بينكم ، أو اعطهم قيمة حصتهم والزرع كله لك ، أو أنفق على حصتهم وتكون نفقتك في حصتهم » .

فأما إذا انقضت المدة من غير موت المزارعين ، والزرع بقل - انتهى عقد المزارعة ، ولكن الزرع مشترك بينهما ، فيكون العمل عليهما إلى أن يستحصد ، وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض .

وعلى هذا في مدة الإجارة والعارية : إذا انقضت ، والزرع بقل ، فإنه يجب أجر مثل الأرض ، ويترك الزرع حتى يستحصد ، نظراً لهما - بخلاف الموت : فإنه ثمة لا يجب أجر مثل الأرض ، لأن ثمة يبقى العقد حكماً ، ويكون العمل على العامل ، لا عليهما .

وعلى هذا قالوا : إن الجمال إذا مات في بعض طريق مكة : فإن المستأجر يمضي إلى مكة بالمسمى ، لأنا بقينا العقد حكماً - كذا هذا .

وكذا إذا كان على صاحب الأرض دين فادح ، وفي الأرض الزرع

بقـل : ليس له أن يبيـع الأرض ، بل يبقى العقـد الى أن يَسْتَحْصِد ، لمـا قلنا .

كتـاب
الإكـراه

الإكراه نوعان :

نوع يوجب الإلجاء والاضرار : كالتخويف بـالقتل ، وقـطع العضو ، والضرب المبرح المتوالي الذي يخاف منه التلف .

ونوع لا يوجب : كالتخويف بالحبس ، والقيد ، والضرب اليسير .

والذي يقع عليه الإكراه ، من الفعل والترك ، إما إن كان من الأمـور الحسية أو من الأمور الشرعية .

أما إذا وقع الإكراه على الفعل الحسي :

فهو أقسام ثلاثة ، في حق الإباحة والرخصة والحرمة .

أما الذي يحتمل الإباحة ـ كشرب الخمـر وأكل الميتـة والخنزيـر : فإن كان الإكراه بما يوجب الاضطرار ، وهو القتل وقطع العضو ونحوه :

فإن كان غالب حال المكره أنه يقتله لو لم يشرب : فإنه يبـاح له شـربه وتناوله ، لأن هذا مما يباح عند الضرورة ، كما في حال المخمصة .

وإن كـان غالب حـاله أنـه لا يقتله ، ولا يحقق مـا أوعـده ، أو كـان التخويف بما ليس فيه خوف تلف النفس ، كالحبس ، والقيد ، والضـرب اليسير : فإنه لا يباح الإقدام عليه ولا يرخص حتى يأثم بـالإقدام عليـه ، لأنه يجب تقديم حق الله تعالى على حق نفسه .

وفي الفصل الأول : يباح - حتى لوأقدم : لا إثم عليه . ولو لم يقدم حتى هلك : يأثم ، لأنه صار مهلكاً نفسه عن اختيار .

وأما الفصل الذي يرخص فيه ولا يسقط الحرمة - كما إذا أكره بالقتل على أن يجري كلمة الكفر على لسانه ، أو على أن يشتم محمداً ﷺ ، أو على أن يصلي إلى الصليب - فإنه لا يباح له ذلك ، ولكن يرخص له الفعل . وإن امتنع حتى قتل : كان مثاباً ثواب الجهاد ، لأن الحرمة لم تسقط ، بخلاف الفصل الأول .

وعلى هذا - لو أكره على إتلاف مال إنسان ، بما فيه خوف التلف ، وغالب ظنه أن يفعل - فإنه يرخص ، ولا يباح ، لأن حرمة مال الغير لا تسقط ، لحقه ، ولكن يرخص بالضمان ، كما في حال المخمصة .

وأما الفصل الثالث - فلا يباح ولا يرخص ، وإن كان يخاف القتل على نفسه ، كما إذا أكره بالقتل على أن يقتل فلاناً المسلم ، أو يقطع عضوه ، أو يضربه ضرباً يخاف فيه التلف . وكذا في ضرب الوالدين على وجه يخاف منه التلف ، لأن القتل حرام محض ، وضرب الوالدين كذلك ، فلا يسقط ، لأجل حقه . ولو فعل : فإنه يأثم في الآخرة .

وأما أحكام الدنيا من القود والضمان - فنقول :

في الإكراه على إتلاف مال الغير : يجب الضمان ، على المكره ، بلا خلاف .

وأما في القتل خطأ ، وعمداً : فيكون الحكم على المكره عند أبي حنيفة ومحمد ، ويصير المكره آلة ، ويصير قاتلاً ، فيكون الحكم عليه . وعند أبي يوسف : تجب الدية على المكره ، ولا يجب القود أصلاً . وعند الشافعي : يجب على المكره والمكره جميعاً القود . وعند زفر : على المكره - والمسألة معروفة .

وكذا في الإكراه على القطع : على هذا الخلاف .

هذا إذا لم يأذن المكره عليه ، للمكره ، على ما أكره .

أما إذا أذن له بقطع اليد ، والقتل : فلا يباح للمكره ذلك ، لأنه لا يباح بالإباحة والإذن - ولكن في القطع : لا يجب الضمان على أحد ، لوجود الإذن من جهته ، وفي القتل : لا عبرة لإذنه ، بل تجب الدية على المكره ، كما لو لم يوجد الإذن - هذا جواب ظاهر الرواية - وفي رواية : لا يجب .

ولو أكره على الزنا ، بالقتل - لا يباح ، ولا يرخص للرجل ، ويرخص للمرأة .

وكان أبو حنيفة يقول أولاً : إنه لا يجب الحد ، ثم رجع وقال : فإن كان الإكراه من السلطان : لا يجب الحد ، ويجب العقر . وإن كان من غيره : يجب الحد .

وعندهما : لا يجب الحد ، ويجب العقر - كيفما كان .

وأما الإكراه على الأمور الشرعية :

فنوعان في الأصل : إما إن ورد الإكراه على إنشاء التصرف ، أو على الإقرار به .

أما إذا ورد على الإنشاء :

فهو على وجهين :

إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ ، ويشترط فيه الرضا ، كالبيع والشراء والإجارة ونحوها ، والإكراه بأي طريق كان - فإنه يكون التصرف فاسداً : إن اتصل به التسليم : يفيد الملك ، وإلا فلا .

وعلى قول زفر : يكون موقوفاً على إجازة المكره - والمسألة معروفة .

وهذا إذا باع أو اشترى بالثمن الذي أكره عليه .

فأما إذا باع بخلاف جنسه : ينفذ ، ويخرج عن الإكراه ، لأنه أتى بغير ما أكره عليه . وإن باع بأقل من ذلك الثمن : فالقياس أن ينفذ ، ولا يكون مكرهاً ، وفي الاستحسان : يكون مكرهاً . وإن باعه بأكثر من ذلك الثمن : يكون طائعاً .

وإن كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ ، كالطلاق ، والعتاق ، والنكاح ، واليمين ، والنذر ، ونحوها : فإنه ينفذ التصرف ، عندنا - خلافاً للشافعي ، والمسألة معروفة .

ثم الطلاق - إن كان قبل الدخول بها : يلزمه نصف المهر المسمى . والمتعة في غير المسمى : على المكره ، لأنه وجب عليه بسبب إكراهه . وإن كان بعد الدخول : يجب على الزوج المكره ، لأنه استوفى منفعة البضع .

وأما في العتاق فيجب الضمان على المكره ، سواء كان موسراً أو معسراً ، ولا يسعى العبد في ذلك ، ويكون الولاء للمعتق المكره ، لأن العتق حصل بفعل المكره ، لكن جعل ذلك إتلافاً من المكره ، فعليه قيمته .

وفي النكاح - إذا أكرهت المرأة على التزويج بألف ، ومهر مثلها عشرة آلاف : فالنكاح صحيح ، ويقول القاضي للزوج : « إن شئت تمم لها مهر مثلها ، وإلا فرقت بينكما » إن لم ترض المرأة إن كان الزوج كفواً لها . وتخير المرأة إن كان غير كفء ، وإن تمم لها مهر مثلها . وإن رضيت المرأة بنقصان المهر ، وعدم الكفاءة - يثبت الخيار للأولياء في عدم الكفاءة بالاتفاق ، وفي نقصان المهر عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما - هذا إذا كان قبل الدخول . فإن كان بعد الدخول ، وهي غير مكرهة في التمكين : يجوز النكاح ، لوجود الرضا ، دلالة ، ويسقط الخيار للمرأة ، ويبقى الخيار للأولياء . وإن فرق القاضي بينهما : فلا شيء عليه قبل الدخول ، لأن

الفرقة جاءت من قبلها .

وأما إذا أكره على الأقارير :

فلا يصح ، سواء كان بالمال ، أو الطلاق ، أو العتاق ، ونحو ذلك ، لأن الإقرار إخبار ، والخبر الذي ترجح كذبه ، لا يكون حجة ، والإكراه دليل رجحان الكذب .

ولكن هذا إذا كان الإكراه بوعيد شيء معتبر عند الناس ، حتى يكون نافياً للضرر . ويختلف باختلاف حال المكره من الشرف والدناءة ، والضعف والقوة ، حتى قال أصحابنا بأن السوط الواحد والقيد والحبس في اليوم الواحد إكراه في حق بعض الناس ، وليس بإكراه في حق البعض ، فيكون مفوضاً إلى رأي القاضي المجتهد ، لاختلاف أحوال الناس فيه .

ولو أكره رجل على قتل وارثه ، بإكراه يوجب الإلجاء ، فإنه لا يحرم عن الميراث ، وإن كان لا يباح له الإقدام على قتله ، لأنه مضطر فيه .

ولو أكره رجل على شراء ذي رحم محرم منه ، حتى عتق - لا يجب على المكره شيء ، لأن الشراء يصح بمثل القيمة ، والزيادة عليه لا تجب ، والإعتاق وشراء القريب سواء في ثبوت العتق ، إلا أنه لا تجب القيمة ههنا ، لأنه حصل له عوض وهو صلة الرحم .

ولو أكره على شراء عبد قال له : « إن ملكتك فأنت حر » ، فاشتراه ، وقبضه حتى عتق عليه : لا يضمن المكره ، لأنه مباشر الشرط ، فإن العتق باليمين يقع .

وكذا لو قال لعبده : « إن دخلت هذه الدار فأنت حر » - فأكره على أن يدخل الدار ، فدخل ، فعتق : لا يضمن ، لأنه مباشر للشرط ، دون العلة .

ثم الإكراه عند أبي حنيفة إنما يصح من السلطان لا غير .

وعندهما : يصح من كل مسلط ، له قدرة تحقيق ما وعد .

وقيل : إن هذا اختلاف زمان ، لأن في زمن أبي حنيفة كان لا يقدر على الإكراه إلا السلطان ، وفي زمانهما تغيرت الأمور فأجاب كل واحد على حسب زمانه .

وبعضهم حققوا الاختلاف من حيث المعنى .

ولو أن صبياً مسلطاً ، بأن كان سلطاناً ، أكره رجلاً ، بالقتل ، على القتل ، ونحوه - فالجواب فيه ، وفي البالغ ، سواء ، لأنه تحقق منه الإكراه له .

وكذا إذا كان رجل به مِرَّة[1] يختلط العقل به ، وهو مسلط : يجوز إكراهه ، كالعاقل ، سواء .

---

(١) المرة مزاج من أمزجة البدن .

كتاب القسمة

القسمة في الأملاك المشتركة نوعان : قسمة الأعيان ، وقسمة المنافع وهي المهايأة .

أما قسمة الأعيان المشتركة

فمشروعة - عرفنا شرعيتها بحديث رسول الله ﷺ : أنه قسم خيبر بين الغانمين . وعليه توارث الأمة .

والأعيان المشتركة قد تكون **أمثالاً متساوية** - فقسمتها تكون تمييز الأنصباء لا غير ، مثل المكيل والموزون والعددي المتقارب .

وقد تكون **أشياء مختلفة** ، مثل الدور والعقار والعروض والحيوان - وقسمتها تكون في معنى البيع .

ثم القسمة قد تكون من **القاضي** وأمينه بإذنه ، وقد تكون من **الشركاء عند التراضي** .

فان كانت القسمة من القاضي عند المرافعة إليه :

فإن كان في ذلك منفعة لهم : فإنه يقسم . وإن كان فيه ضرر أو لا حاجة لهم إلى ذلك : فإنه لا يفعل ، وإن تراضيا عليه ، ولكن يفوض الأمر إليهم حتى يقسموا بأنفسهم - فإن الحمام المشترك بين اثنين إذا طلبا من القاضي القسمة لا يقسم ، لأن في القسمة ضرراً ، لأنهما يتضرران بذلك ، لأنه لا يمكن الانتفاع ببعض الحمام دون البعض . ولو قسما

بأنفسهما : جاز ، لولايتهما على أنفسهما .

وكذا في البيت الواحد ، والثوب الواحد ، والجوهرة الواحدة : لا تجوز القسمة من القاضي . ولو طلبا منه القسمة : لا يفعل ، ولو قسما بأنفسهما : جاز .

وكذا دار بين اثنين ، لأحدهما فيها شقص قليل : إن طلب صاحب القليل : لا يقسم ، لأنه لا فائدة له فيه ، فيكون متعنتاً . وإن طلب صاحب الكثير : يقسم ، لأن له حاجة في ذلك ويدفع الضرر عن نفسه ، ولو قسما بأنفسهما : جاز ، لما قلنا .

ثم المقسوم لا يخلو : إما إن كان دوراً أو عقاراً ، أو منقولاً :

فإن كان عقاراً ، وهي في يد الجماعة ، وطلبوا القسمة من القاضي - فإن قالوا : « هي بيننا ميراث عن فلان » : فإن عند أبي حنيفة : لا يقسم حتى يقيموا البينة على موت فلان ، وعلى عدد الورثة - وعندهما : يقسم بإقرارهم ، ويشهد أنه قسمها بإقرارهم .

ولو كان ذلك **في عروض أو شيء منقول** : فإنه يقسم بإقرارهم ، بالاتفاق .

وكذا إذا أقروا بكون **العقار** بينهم ، ملكاً مطلقاً ، ولم يدعوا انتقال الملك فيها من واحد : فإنه يقسم بينهم ، بإقرارهم ، بالإجماع .

وإن ادعوا أنهم اشتروا من فلان الغائب : ففي رواية الأصل : لا يقسم حتى يثبتوا الانتقال من الغائب ، وفي رواية : يقسم بإقرارهم .

وهذا إذا لم يكن في الورثة غائب كبير أو صغير لا ولي له ، فأما اذا كان **في الورثة كبير غائب أو صغير** : فعند أبي حنيفة : لا يقسم على كل حال . وعندهما : ينظر : إن كانت الدار في يد الكبار الحضور : فإنه يقسم بينهم ، ويضع حق الغائب في يد أمين يحفظه ، ويوكل عن الصغير

رجلاً حتى يحفظه . وإن كانت الدار في يد الغائب أو في يد الصغير أو في أيديهما منها شيء : فإنه لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة ، بالاتفاق .

ثم إذا قامت البينة على الميراث ينظر : إن كان الحاضر اثنين فصاعداً ، والغائب واحد أو أكثر ، وفيهم صغير : فإن القاضي يقسم بينهم ، ويعزل نصيب كل صغير وغائب ، ويجعل في يد أمين يحفظه .

ولو كان هذا في ملك مطلق ، وشريكان حاضران ، وشريك غائب : فالقاضي لا يقسم ، لأن القاضي له ولاية في الجملة ، في مال مشترك بين الورثة ، فيكون قضاء على الحاضر ، ولا ولاية له على مال الغائب مقصوداً ، فلا يقسم من غير أن يحضر من يقوم مقامه .

ولو حضر وارث واحد ، وغاب الباقون ، وطلب القسمة : فإن القاضي لا يقسم ، لأن القسمة لا تصح إلا بين المتقاسمين الحاضرين .

ولو كان وارث كبير حاضر ، وهناك وارث صغير : نصب القاضي له وصياً ، وقسم ، لأنه حضر المتقاسمان وطلب أحدهما القسمة ، فإنه يحكم بالقسمة على أحدهما للطالب .

ولو قسم داراً بين شريكين ، وفيها مسيل الماء والطريق ونحوهما : فإن قسم مطلقاً وأمكن أن يجعل في نصيب كل واحد منهما طريقاً ومسيل ماء : فإنه تصح القسمة في الكل . وإن كان لا يمكن جعل الطريق في ملك أحدهما ، بل يحتاج إلى تسييل الماء والاستطراق في نصيب شريكه : فإن ذكر القاسم في القسمة : « إني قسمت الدار بينهما بحقوقها » - فإنه يبقى مشتركاً بينهما ، فيكون له حق تسييل الماء والاستطراق في نصيب شريكه .

وإن لم يذكر الحقوق : تنقض القسمة ، ويكون ذلك غلطاً من

القاسم ، لأنه لا يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع به بدون الطريق .

ولو قسم دوراً بينهم ، وجعل لكل واحد نصيبه في دار واحدة ، سواء كانت متلاصقة أو في بلدة أو في بلاد : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : إن كان يمكن التعديل في القسمة في ذلك ـ فلا بأس به .

وعلى هذا **قسمة الرقيق** ، بأن جعل نصيب كل واحد في عبد : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : جائز .

فأما في المنقول سوى الرقيق ـ إذا كان جنساً واحداً ، مثل الإبل والبقر ، والغنم ، والمكيل ، والموزون : فإنه جائز ، بلا خلاف ، لأن التفاوت يسير .

فأما إذا جعل لأحدهم الإبل ، وللآخر الغنم ، وللآخر البقر : لم يجز ، لاختلاف الأنواع .

وكذا في الثياب من جنس واحد : تجوز القسمة ، وفي الأجناس المختلفة : لا تجوز . وفي الثوب الواحد : لا تجوز ، لأنه يحتاج إلى القطع ، وهو ضرر .

ثم إذا قسم الدار فإنه يقسم العَرْصة بالذراع ، ويقسم البناء بالقيمة ، ويجوز أن يجعل لأحدهما أكثر ذراعاً من الآخر ، لأن قيمته أكثر .

ثم ذكر أبو الحسن أن أبا حنيفة قال : يحتسب في القسمة كل ذراع من السفل الذي لا علو له ، بذراعين من العلو الذي لا سفل له .

وقال أبو يوسف : ذراع من السفل بذراع من العلو .

وقال محمد : يقسم على القيمة دون الذراع .

ومشايخنا قالوا : إنما أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة ،

لاختيارهم السفل على العلو .

والعمل في هذه المسألة على قول محمد ، لاختلاف حال البلاد في ذلك ، فتعتبر القيمة .

ثم ما كان في البيع من خيار الرؤية ، وخيار الشرط ، والرد بالعيب ـ ففي القسمة كذلك : لا يختلفان ، لأنها في معنى البيع ـ وهذا اذا قسما بالتراضي .

فأما إذا قسم القاضي ـ فكذلك في العيب ، ولا يثبت خيار الرؤية ، ولا خيار الشرط فيه ، لأنه لو فسخ كان للقاضي أن يقسم ثانياً ، فلا فائدة فيه .

ولأحد الشريكين أن يحفر في نصيبه بئراً أو بالوعة ، وإن كان يضر بقسم شريكه ـ وكذا هذا في الجارين .

وإذا ظهر للميت دين بعد القسمة ، أو وارث غائب ، أو طفل أُدرك ولم يكن له وصي : فلهم نقض القسمة ، لأن القاسم غلط فيها . فإن كان للميت مال سوى ما قسم : يقضى منه الدين ، ولا ينقض القسمة .

وكذلك إذا قضى بعض الورثة الدين ، أو كفل رجل عن صاحب الدين . وكذا لو ظهر الدين للوارث الذي قسم ، ولا تكون القسمة منه إبراء للدين الذي عليه ، لأنه ربما لا يعلم ذلك .

وكذلك إذا ظهرت الوصية لأجنبي ، أو ظهر ولد وارث : فإنه تنقض القسمة ، لأن الموصى له كواحد من الورثة .

وأما المهايأة

فنوعان : من حيث المكان ، أو من حيث الزمان .

أما من حيث المكان - بأن كانت داراً كبيرة ، يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية : جاز ، وهي قسمة المنافع ، ولا يشترط فيها بيان المدة .

ولو استغل أحدهما نصيبه : جاز - بخلاف العارية : فإنها لا تؤاجر . وقال بعضهم : لا يجوز ، كما في العارية ، إلا إذا اشترطا الاستغلال لمن شاء منهما .

وأما من حيث الزمان - بأن كانت داراً صغيرة ، يسكن أحدهما شهراً والآخر شهراً : جاز ، وهذا في معنى العارية - ولهذا يشترط المدة .

ولو آجر أحدهما : لا يجوز كما في العارية .

ولو تهايآ في الرقيق المشترك - فأخذ أحدهما عبداً ، والآخر عبداً : جاز عندهما بلا شك ، لأن قسمة الرقيق جائزة عندهما . وعند أبي حنيفة : تجوز ههنا ، لأنها قسمة المنافع ، وهي من جنس واحد .

وفي النخيل والشجر المشترك - إذا أخذ أحدهما طائفة يستثمرها وينتفع بثمرها خاصة، والآخر طائفة : لا يجوز ، لأنها استحقاق العين بالإجارة .

وفي الأراضي - يزرع أحدهما البعض ، والآخر البعض : جائز ، لأنها قسمة المنافع .

كتاب
المـأذون

قال :

يحتاج إلى :

بيان مشروعية الإذن ، للعبد ، في التجارة ،

وإلى تفسير الإذن ،

وإلى بيـان حكم الإذن ، ومـا يملك بــه العبـد من التصــرف ومـا لا يملك .

وإلى بيان صحة الحجر ،

وإلى بيان حكم المأذون بعد الحجر .

أما الأول :

فلما روي عن النبي عليه السلام أنه كان يجيب دعـوة المملوك . وعليه توارث الأمة .

وأما إذن العبد الصغير العاقل ، أو الصبي الحر العـاقل ـ فصحيـح ، عندنا . وعند الشافعي : لا يصح ـ والمسألة معروفة .

وأما تفسير الإذن ـ فنقول :

الإذن نوعان : خاص ، وعام .

فأما الإذن الخاص ـ فأن يقول لعبده : « اشتر بدرهم لحـماً لنفسك » أو : « اشــتر كسوة لنفســك أو لفلان » ، فـاشتراه ـ فـإنه يجـوز ، ويكـون

مأذوناً ، في ذلك ، خاصة . والقياس أن يكـون مأذونـاً في الأنواع كلهـا ، لأن الإذن بـالتصرف لا يتجـزأ ، وفي الاستحسان : يقتصـر عـلى مـا أذن فيـه ، لأن هذا من بـاب الاستخدام ، فلو نفـذ الإذن إلى غيره ، ولم يكن قصد المولى أن يكون مأذوناً في التجارات : لا يقدر على الاستخدام .

وأمـا الإذن العام ـ فـأن يقول : « أذنت لـك في التجارات » أو « في التجارة » ـ يصير مأذوناً في الأنواع كلها ، بلا خلاف .

أما إذا أذن في نوع ، بأن قال : « اتجر في البز ، أو في بيـع الطعـام أو في غـير ذلك ـ يصـير مأذونـاً في أنـواع التجـارات ، عنـدنـا . وعنـد زفـر والشافعي : يقتصر على ما سمي .

وكذا إذا قال : « اقعد في التجارة أو في الصنـاعة » ـ يصـير مأذونـاً في جميع أنواع الحرف .

وكذا إذا قال : « أذنت لك أن تتجر شهراً أو سنة » ـ يصـير مأذونـاً ، في جميع الأوقات ، ما لم يحجر عليه حجراً عاماً .

وكذا لو قال : « اتجر في البز ، ولا تتجر في الخـز » ـ لا يصح نهيـه ، ويعم الإذن : في النوعين ، وغيرهما ـ والمسألة معـروفة : أن الإذن تمليـك التصرف ، أو إسقاط الحق وفك الحجر .

ثم الإذن قد يثبت صريحاً ، وقد يثبت بطريق الدلالة .

فالصريح ـ ما ذكرنا .

وأما الدلالة ـ بأن رأى المولى عبده ، يبيع ويشتري ، فسكت ولم ينهه عن ذلـك : يصير مـأذوناً في التجـارات ، ولا يصير مـأذونـاً في بيـع ذلـك الشيء بعينه ، وفي الشراء يصير مأذوناً ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا يصير مأذوناً .

والسكـوت يكون إذنـاً في مواضـع : فإن من بـاع عبداً من إنسـان ،

بحضرته ، والعبد ساكت ـ يكون إقراراً منه بالرق ، دلالة .

ـ وكذا المشتري : إذا قبض السلعة بحضرة البائع ، وسكت البائع : يكون إذناً بالقبض .

ـ وكذا إذا سمع الشفيع بالبيع ، فلم يطلب الشفعة ، وسكت : يكون تسليماً للشفعة .

ـ وكذا البكر : إذا زوجها وليها ، فسمعت من الولي ، وسكتت : يكون إذناً .

وله نظائر .

وفي بعض المواضع لا يكون السكوت رضا ، على ما عرف في موضعه .

وكذلك إذا قال لعبده : « أدِّ إليّ ألفاً فأنت حر » ـ فإنه يصير مأذوناً ، لأنه لا يقدر على الأداء إلا بالكسب ، فيكون إذناً له ، دلالة .

وكذلك إذا كاتب عبده : يصير مأذوناً ، لأنه جعله أحق بكسبه .

ثم الإذن بالتجارة **يصح** ، **معلقاً بشرط** ، **ومضافاً إلى وقت** ـ بأن قال : « أذنت لك إلى رأس الشهر » أو قال : « إذا جاء رأس الشهر فقد أذنت لك » ـ جاز ، لأن الإذن إسقاط لحق نفسه ، والإسقاط يصح تعليقه بالاخطار .

وبمثله لو علق الحجر بالشرط : لا يصح ، لأن الحجر فيه معنى الإثبات ، وإعادة الحق ، ولا يصح تعليق الإثبات بالشرط .

وأما بيان حكم الإذن ، وما يملك المأذون وما لا يملكه ـ فنقول :

كل ما كان من التجارة ، وتوابع التجارة ، وضروراتها ـ فإنه يملكه المأذون ، ومالا فلا .

وله أن يستأجر إنساناً ليعمل معه ، أو مكاناً ليحفظ فيه أموالـه ، أو دواباً ليحمل عليها أمتعته .

وله أن يؤاجر ما اشترى من الدواب ، والرقيق .

وله أن يؤاجر نفسه أيضاً .

ويصح منه الشراء بالنقد والنسيئة ، وبالعروض ـ لأن ذلك معتاد للتجار .

ويملك البيع والشراء ، بغبن يسير ، بالإجماع. وأما بالغبن الفاحش : فيملك أيضاً عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما ، كما اختلفوا في الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بغبن فاحش ـ إلا أن في الوكيل بالشراء بغبن فاحش : لا يجوز عند أبي حنيفة . وعندهما : يجوز . وفي المأذون : الشراء والبيع سواء : يجوز بغبن فاحش عند أبي حنيفة ، لأن الوكيل متهم ، ولا تهمة ههنا .

ويملك تأخير الدين من ثمن مبيع ، أو إقرار له بإتلاف كسبه ، ونحو ذلك .

والقرض لا يصح تأجيله منه ، كما لا يصح من الحر .

وأما الحط فلا يصح منه ، لكونه تبرعاً .

وكذلك الإبراء ، والكفالة ـ لأنه تبرع .

ويملك التصدق باليسير ، والضيافة اليسيرة ـ لأنها من ضرورات التجارة ، عادة .

ولا يملك التصدق بالدرهم الكامل ، ولا الهبة ، ولا الهدية ، ولا القرض .

وكذا لا يملك الكفالة بالنفس ، ولا بالمال ، لأنها تبرع .

ولا يملك أن يكاتب ، وأن يعتق على مال ، لأنه ليس من التجارة .

ويملك أن يوكل بالبيع والشراء ، لأنه هذا من عادة التجار ، فإنه لا

يقدر أن يفعل ذلك كله بنفسه .

ويجوز له أن يتوكل عن غيره ، بالبيع ، بالاتفاق .

وهل يجوز أن يتوكل بالشراء عن غيره ؟ إن وكله بالشراء ، نقداً ، ودفع الثمن إليه أو لم يدفع : فالقياس أن لا يجوز ، لأنه يصير في معنى الكفيل بالثمن . وفي الاستحسان : يجوز .

واذا توكل بشراء عبد نسيئة : لا يجوز الشراء عن الآمر ، ويصير مشترياً لنفسه ، لأنه يصير الثمن عليه ، والملك يقع لغيره ، وعليه التسليم إليه ، لأن الثمن مؤجل ، فيكون بمعنى الكفالة . فأما إذا كان الشراء بالنقد ، فلا يجب عليه التسليم إلى الآمر ، بل له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن من الموكل ، فلا يكون في معنى الكفالة ، بل في معنى البيع .

ويملك أن يأذن ، لعبيده ، في التجارة .

وله أن يعير دوابه .

وله أن يودع ، ويقبل الوديعة ـ لأن هذا من صنيع التجار .

وله أن يدفع المال مضاربة ، ويأخذ المال من غيره مضاربة ، ويشارك مع غيره شركة عنان . ولا يجوز أن يشارك شركة مفاوضة ، لأنها تتضمن الكفالة ، ولا تصح منه الكفالة . وإذا شارك شركة مفاوضة ، تنقلب شركة عنان .

وهل يملك أن يكاتب عبداً من أكسابه ؟ إن لم يكن عليه دين ، وأجاز المولى : جاز ، ويكون العبد مكاتباً لمولاه ، ويدفع بدل الكتابة إلى المولى ، ويعتق ، إلا إذا أذن المولى إياه بقبض بدل الكتابة . وإن كان عليه دين : لا يصح ، لأنه تعلق به حق الغرماء ، فيكون موقوفاً على إجازة المولى : فإن لم يجز المولى ، وردّ الكتابة : ينفسخ ، وما اكتسبه يصرف إلى دينه . وإن أجاز المولى الكتابة ، وأمر العبد بقبض بدل الكتابة : إن كان عليه دين مستغرق : لا تصح الكتابة ، لأن هذا إعتاق بشرط الأداء ، والمولى

لا يملك كسب عبده المأذون إذا كان عليه دين مستغرق ـ فكذا هذا ، ويباع المكاتب في الدين . وإن كان الدين غير مستغرق : يعتق البعد ، ويضمن المولى قيمة العبد للغرماء ، لتعلق حقهم به ، كما لو أعتقه ابتداء . وعندهما : تصح الكتابة ، كيفما كان ، كما يصح الإعتاق ، كيفما كان ، والكسب الذي أداه المكاتب ، إلى العبد المأذون ، يدفع إلى الغرماء ، وإن فضل شيء فعلى مولاه ، لإتلاف حقهم ، بالإعتاق .

ولا يملك التسري بجارية من أكسابه ، لأنه لا يملك حقيقة .

وليس له أن يتزوج ، لأنه ليس من التجارة . فإن أذن المولى ، جاز ، وعليه المهر بعد العتاق إن كان النكاح بغير إذن المولى . وإن كان بالإذن منه : يتعلق برقبته وكسبه ، لكن بعدما فضل من دين التجارة إن ثبت بإقرار المولى . فإن ثبت بالبينة : تحاص المرأة الغرماء بمهرها .

وليس له أن يزوج عبده ، لأنه ليس من التجارة ، وفيه ضرر بالمولى .

وكذا ليس له أن يزوج أمته عندهما . وعند أبي يوسف : يملك ، لأنه تصرف نافع .

ويصح منه الإقرار ، على نفسه ، بالثمن ، والأجرة .

ولو أقر بالغصب : فإن كان معاينة ، فالضمان يتعلق برقبته ، لأنه من التجارة معنى ، فإنه يملك به المغصوب .

وكذلك اذا جحد المضاربة ، والوديعة ـ لأنه بمعنى الغصب .

ثم إذا ثبت تعلق الدين برقبة العبد ، وكسبه ـ فإن الدين يقضى من الكسب أولاً . فإن فضل من الدين شيء ، أو لم يكن له كسب أصلاً ـ فإن القاضي يبيع الرقبة إذا طلبه الغرماء ، إلا إذا قضى المولى دينه .

ولا يجوز من المولى بيع العبد إلا بإذن الغرماء ، أو بإذن القاضي ، أو

بأن يقضي دينهم ، لأن ملكه قائم لكنه مشغول بحق الغرماء .

ولو أعتقه المولى : صح إعتاقه . لأنه ملكه ـ غير أنه إن كان عليه دين أقل من قيمته يقضي ديونه ، وإن كانت ديونه أكثر من قيمته ، غرم قيمته ، وإن كثرت : فإن فضل شيء عن قيمته يؤاخذ العبد بعد العتاق .

وإن كان المأذون مدبراً ، أو أم ولد ، ثم أعتقه ـ جاز عتقه ، ولا ضمان للغرماء ، لأنه حقهم غير متعلق بهما ، لأنه لا يجوز بيعهما .

ولو أعتق عبد عبده المأذون : إن كان عليه دين مستغرق : لا يصح إعتاقه ، عند أبي حنيفة ـ خلافاً لهما . وإن كان غير مستغرق : يصح بالإجماع ، والمولى ضامن لقيمته ، إن كان موسراً ؛ وإن كان معسراً ، فللغرماء أن يضمنوا العبد ، ويرجع هو على المولى ، كما إذا أعتق العبد المرهون .

فأما حكم الحجر ـ فنقول :

إن المولى يملك حجر العبد المأذون ، إذا كان حجراً مشهوراً ، بأن يشتهر ذلك في السوق .

فأما إذا حجر في بيته : فلا يصح ، لأن فيه ضرراً بالناس وغروراً .

ولو باعه ، ولا دين عليه : يصير محجوراً ، لأنه صار ملك الغير ، فلا تبقى ولاية الأول عليه .

وكذا إذا كانت جارية ، فاستولدها المولى : صارت محجوراً عليها ، دلالة منع المولى أم الولد عن الخروج إلى الأسواق .

وإن أغمي عليه : لم يصر محجوراً ، استحساناً .

وفي الجنون : يصير محجوراً .

وإذا أبق أو ارتد : صار محجوراً . وقال أبو يوسف : لا يصير محجوراً .

وإذا دبر المأذون : لا يصير محجوراً ، لأنه يمكنه التصرف مع التدبير .

وإذا صح الحجر : فلا يملك التصرف ، بعده ، في حق المولى .

ولو أقر بشيء من حقوق الأموال : فإنه لا يلزم مولاه ، ولا يتعلق برقبته ، لكن يؤاخذ بعد العتاق .

وإذا كان في يده شيء من الأكساب ، وعليه دين : فإنه لا يصح حجره في حقها . وليس للمولى أن يستردها ، لتعلق حق الغرماء به .

ولو جنى المأذون جنايات : فإنه يقتص فيما يجب فيه القصاص ، والدفع أو الفداء فيما لا يجب فيه القصاص . والمأذون وغير المأذون في ذلك سواء ـ وقد ذكرنا هذا في كتاب الديات ، فلا نعيده .

كتاب السير

قال :

يحتاج إلى :

تفسير الجهاد ،

وإلى بيان كيفية فرض الجهاد ،

وإلى بيان من يفترض عليه ،

وإلى بيان ما يجب حال شهود الوقعة ،

وإلى بيان أحكام الأنفال والغنائم ،

وإلى بيان حكم الجزية ،

وإلى بيان أحكام أهل الردة .

وإلى بيان أحكام البغاة ، ونحو ذلك .

أما تفسير الجهاد

فهو الدعاء إلى الدين الحق ، والقتال ، مع من امتنع عن القبول ، بالمال والنفس ـ قال الله تعالىٰ : ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم ﴾[1] (الآية) وقال : ﴿ إن الله اشترى من المؤمنين ﴾[2] (الآية) .

---

(١) التوبة : ٤١ .

(٢) التوبة : ١١١ .

وأما بيان كيفية فرضه ـ فنقول :

إنه فرض كفاية ، لا فرض عين . ونعني به أنه إذا لم يقم بـه البعض من أهـل الثغور وغيـرهم ممن هو يقـرب منهم ، فـإنـه يفـرض عـلى جميـع الناس ، ممن له قدرة عليه ، إما بالنفس أو بالمال . فـإذا قام بـه البعض ، سقط عن الباقين ، لأن المقصود ـ وهو دفع شر الكفرة ، والدعـاء إلى دين الإسلام ـ يحصل بالبعض ، فما لم يتعـين البعض ، يجب على الكـل ، وإذا تعين البعض ، سقط عن الباقين .

ولهذا قلنا ـ إذا كان النفير عـاماً : يجب عـلى العبد أن يخـرج بغير إذن المولى ، وعلى المرأة القادرة عليه أن تخرج بغير إذن زوجها ، وعلى الولد أن يخرج بغير إذن الوالدين ، أو أحدهما ، إذا كان الآخر ميتـاً . فأمـا إذا قام به البعض : فلا يجوز لهؤلاء أن يخرجوا إلا بالإذن .

وأما بيان ما يجب حال شهود الوقعة ـ فنقول :

إذا لقي الغزاة قوماً من الكفار ـ فإن لم تبلغهم الدعـوة أصلاً ، ينبغي أن يدعوهم إلى الإسلام أولاً . فإن أبوا ، فإلى الـذمة . فـإن أبوا فحينئـذ يقاتلونهم .

فأما إذا بلغتهم الدعوة ، فالأولى البِدَاءة بـالدعـاء إلى الإسلام . فـإن بدأوا بالقتال والإغارة والبَيات عليهم ، فـلا بأس بـذلك ، لأنـه قد تـوجه عليهم الخطاب بالإيمان ، باتفاق الأمة .

فإن سمع رجلاً قال : « لا إلـه إلا الله » أو قال : « أشهـد أن محمداً رسول الله » ـ فإن كـان من عبدة الأوثـان أو من الثنويـة أو من الدهـرية : فإنه لا يباح قتله لأنه أتى بالتوحيـد . وإن كان من أهـل الكتاب : فـإتيان الشهادتين لا يكفي ، ما لم يتبرأ من دين اليهودية والنصرانية .

وكـذا إذا قال : « أنـا مسلم » أو « مؤمن » أو « أنا مصـل » ، لأنهم

يعتقدون أن دينهم إسلام ، وأن لهم شرائع وصلاة .

وإذا قال : « أنا صليت مع المسلمين بجماعة » أو « أنا على دين محمد » - ، لا يباح قتله ، لأن ذلك دلالة الإسلام .

ثم الغزاة لهم أن يقتلوا : كل من كان من أهل القتال ، وكل من قاتل ، وإن لم يكن من أهل القتال في الجملة، نحو الصبيان ، والمجانين ، والرهابين ، والشيوخ الهَرْمى . فأما إذا لم يقاتلوا : فلا يباح قتل هؤلاء .

وأما الرهابين : فإن كانوا لا يخالطون الناس : فكذلك . وإن كانوا يخالطون الناس أو يدلون على عورات المسلمين : فيباح قتلهم .

ولا بأس أن يحرقوا حصونهم بالنار ، ويغرقوها بالماء ، وينصبوا المجانيق على حصونهم ، ويهدموها عليهم ، وأن يرموها بالنبال ، وإن علموا أن فيهم أسارى االمسلمين والتجار ، لأن فيه ضرورة .

وكذا اذا تترسوا بأطفال المسلمين وبأساراهم ، لكن ينبغي أن يقصدوا به قتل الكفار دون المسلمين ، لما فيه من ضرورة إقامة الفرض عليهم .

ثم إذا ظفر الغزاة بهم ، فلا بأس بأن يقتل المقاتلة منهم من كان مقاتلاً ، سوى الصبي والمجنون : فإنه لا يباح قتلهما بعد الفراغ من القتال ، لأنهما ليسا من أهل القتل ليكون جزاء على قتالهما ، إلا إذا كان الصبي أو المعتوه ملكاً ، فلا بأس بقتلهما ، كسراً لشوكتهما ، ويباح ، في حالة القتال ، لدفع الشر .

وأما الشيوخ ، والرهابين ، والنسوان - إذا قاتلوا : فيباح قتلهم : بعد الفراغ أيضاً ، جزاء على قتالهم ، إلا إذا كانت المرأة ملكة : فيباح قتلها ، وإن لم تقاتل .

وينبغي لهم أن يخرجوا إلى دار الإسلام نساءهم ، وصبيانهم ، ويسترقوهم ، لما فيه من منفعة المسلمين ، ولا ينبغي أن يتركوهم في دار

الحرب ، لما فيه من ضرر بالمسلمين .

وأما الشيخ الفاني الذي لا قتال عنده ، ولا يقدر أن يلقح لكن يمكن أن يفادى به ـ فإن شاءوا : تركوه ، وإن شاءوا : أخرجوه ، على قول من يرى مفاداة الأسير بالأسير ، وعلى قول من لا يرى : يتركونه في دارهم ، لأنه لا فائدة فيه .

وكذا في العجوز الكبيرة التي لا تلد .

ولا ينبغي للغزاة أن يفر واحد من اثنين منهم . والحاصل أن الأمر مبني على غالب الظن : فإن غلب في ظن المقاتل أنه يغلب ويقتل : فلا بأس بأن يفر منهم ، ولا عبرة بالعدد ، حتى إن الواحد ، إذا لم يكن معه سلاح ، فلا بأس بأن يفر من اثنين معهما السلاح أو من الواحد الذي معه سلاح .

ثم الغزاة هل لهم أن يؤمنوا الكفرة ؟ إن كان عندهم أن القوة للكفرة : يجب أن يؤمنوا حتى يتقووا ، ثم يخبروهم بنقض الأمان ، ويشتغلوا بالقتال ، لأن الأمان في هذه الحالة في معنى القتال .

ثم أمان الواحد الحر ، أو العبد المقاتل ، أو المرأة ـ صحيح ، بلا خلاف .

فأما أمان العبد المحجور : فلا يصح عندهما ، وعند محمد والشافعي : يصح ـ والمسألة معروفة .

وأما أمان الصبي المراهق : فلا يصح عندهم . وعند محمد : يصح .

وأجمعوا أنه لا يجوز أمان التاجر في دار الحرب ، ولا الأسير فيها ، ولا أمان المسلم الذي لم يهاجر إلينا ، ولا أمان الذمي المقاتل معهم ، لأنهم متهمون في ذلك .

فأما المسلم الحر : فيستوي فيه الأعمى والمريض والشيخ الكبير ، لأن هؤلاء من أهل الرأي .

ثم بعد صحة الأمان ، للإمام أن ينقض ، إذا رأى المصلحة فيه ، لكن يخبرهم بذلك ، ثم يقاتلهم ، حتى لا يكون تغريراً لهم .

وكذا الجواب في الموادعة ، وهو الصلح على ترك القتال ، مدة ، بمال أو بغير مال : تجوز من الإمام إن رأى المصلحة ، ثم يخبرهم بالنقض ، وينقض حتى لا يكون تغريراً . وما أخذ من المال ، إن لم يتم المدة ، يرد إليهم بقدره .

وكذلك الموادعة في حق المرتدين ، وأهل البغي : جائزة إذا كان فيه مصلحة ، لأن هذا بمنزلة الأمان .

وهذا إذا كان الصلح على أن يكونوا على حكم الكفر .

ولو صالحوا ، على أن يكونوا على أحكام المسلمين ، فإنهم يصيرون ذمة ، ولا يجوز لنا نقض ذلك ، كعقد الذمة .

وأما أحكام الأنفال ، والغنائم ـ فنقول :

هنا ثلاثة أشياء : النفل ، والغنيمة ، والفيء .

أما النفل : فما خصه الإمام ، لبعض الغزاة ، تحريضاً لهم على القتال ، لزيادة قوة وجرأة منهم ـ بأن قال : « من قتل قتيلاً فله سَلَبه » ، أو قال لِسَرِيّة : « ما أصبتم فهو لكم » ، أو قال لأحد معين : « ما أصبت فهو لك » ـ فإنه مختص به ، ويثبت الملك له في النفل ، ولا يشارك فيه غيره من الغزاة . والسَّلَب عبارة عن ثياب المقتول ، وسلاحه ، التي معه ، ودابته التي عليها سرجها ، وآلاتها ، وما عليها من الحقيبة التي فيها الأموال ، وما على المقتول من الكيس الذي فيه الدراهم . فأما ما يكون مع غلامه على فرس آخر ، وأمواله التي على دابة أخرى ـ فذلك من

الغنيمة : يشترك فيه الغزاة كلهم ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : السَّلَب للقاتل ، وإن لم ينص عليه الإمام ـ وهي مسألة معروفة .

وأما الفيء : فما حصل من غير مقاتلة ـ فهو خاص لرسوله عليه السلام ، فيتصرف فيه رسول الله ﷺ كيف شاء ـ قال الله تعالىٰ : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء﴾(١) .

وأما الغنائم : فهو اسم لما يؤخذ ، من أموال الكفرة ، بقوة الغزاة ، وقهر الكفرة ، بسبب القتال ، بإذن الإمام .

ويتعلق بالغنائم أحكام :

منها ـ حكم ثبوت الحق والملك فيها ـ فنقول :

هذا أقسام ثلاثة :

أحدها ـ أن يتعلق حق التملك ، أو حق الملك ، للغزاة ، بنفس الأخذ والاستيلاء ، ولا يثبت به الملك قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا ـ خلافاً للشافعي : فإن عنده ، في قول : يثبت الملك بنفس الأخذ . وفي قول : بعد الفراغ من القتال ، وانهزام العدو .

ويبتنى على هذا الأصل فروع :

منها ـ أن الإمام إذا باع شيئاً من الغنائم ، لا لحاجة الغزاة ، أو باع واحد من الغزاة : فإنه لا يصح عندنا ، لعدم الملك .

وكذا لو أتلف واحد من الغزاة في دار الحرب : فإنه لا يضمن .

ولو مات واحد من الغزاة : لا يورث سهمه .

---

(١) الحشر : ٦ ٧

ولو لحق المدد الجيش ، قبل القسمة ، في دار الحرب : يشاركونهم في القسمة .

ولو قسم الإمام في دار الحرب ، لا مجتهداً ولا باعتبار حاجة الغزاة : فإنه لا يصح القسمة عندنا .

وعند الشافعي : يصح بخلاف ذلك في الفصول ـ والمسألة معروفة .

وأما بيان ثبوت الحق ـ فإن الأسير إذا أسلم قبل الإحراز بدار الإسلام : فإنه لا يكون حراً . ولو أسلم قبل الأخذ : يكون حراً ، لما أنه يتعلق به حق الغزاة ، بالأخذ .

وكذلك لو أسلم أرباب الأموال قبل الإحراز ، بدار الإسلام : فإنهم لا يختصون بأموالهم ، بل هم من جملة الغزاة في الاستحقاق ، بسبب الشركة في الإحراز بدار الإسلام، بمنزلة المدد .

وكذا ليس لواحد من الغزاة ، أن يأخذ شيئاً من الغنائم ، من غير حاجة ، ولو لم يثبت الحق كان بمنزلة المباح .

والقسم الثاني ـ بعد الإحراز ، بدار الإسلام ، قبل القسمة : فإن حق الملك يتأكد ويستقر ، ولكن لا يثبت الملك أيضاً .

ولهذا قالوا : لو مات واحد منهم ، يورث نصيبه . ولو قسم الإمام ، أو باع ـ جاز . ولو لحقهم مدد لا يشاركونهم ، ويضمن المتلف ، ولكن الملك لا يثبت ، حتى لو أعتق واحد من الغزاة عبداً من عبيد الغنيمة : لا يعتق ، لأنه لا يثبت الملك الخاص إلا بالقسمة .

والقسم الثالث ـ بعد القسمة : يثبت الملك الخاص ، لكل واحد ، فيما هو نصيبه .

فأما حكم الطعام والعلف في دار الحرب ـ فنقول :

لا بأس بتناول الطعام والعلف ، لعموم الحاجة ، سواء كان المتناول

غنياً أو فقيراً ، من غير ضمان ، لأن في إلزام الغني حمل الطعام والعلف ، مع نفسه ، مدة ذهابه وإيابه ومقامه ، في دار الحرب ، حرجاً عظيماً .

وإذا كان محرزاً بدار الإسلام : لا يباح التناول ، بغير ضمان .

وما فضل من الطعام والعلف ، بعد الإحراز ، قبل القسمة ـ فإنه يرد إلى الغنيمة إن كان غنياً ، وإن كان فقيراً يأكل بالضمان . وإن كان بعد القسمة ، فإنه يرد ثمنه إلى الفقراء .

وإن باع شيئاً منه ، يرد ثمنه إلى المغنم ، إن كان غنياً ، قبل القسمة . وإن كان بعد القسمة : يتصدق على الفقراء . وإن كان فقيراً : يأكل إن كان بعد القسمة .

وأما ما سوى الطعام والعلف من الأموال ـ فلا يباح للغزاة أن يأخذوا شيئاً منها ، لتعلق حق الكل بها ، إلا في السلاح والكراع والثياب ، عند الحاجة ؛ وإذا استغنى : يرده إلى المغنم ، أو يدفع إليه بحصته من الغنيمة ـ فلا يباح للغني أن يفعل ذلك ، بخلاف الطعام والعلف .

ومنها ـ حكم كيفية قسمة الغنائم ـ فنقول :

يقسم على خمسة أسهم : فأربعة أسهم للغزاة ، والخمس لأربابه ، وإنما يصرف إلى المقاتلة ، يعني به أهل القتال ، سواء كان شاباً أو شيخاً ، عبداً مأذوناً أو حراً ، بعد أن كان رجلاً مسلماً مأذوناً للقتال ، وسواء كان صحيحاً أو مريضاً .

أما الصبي العاقل ، والمرأة ، والذمي ، والعبد المحجور عن القتل ـ إذا قاتلوا ، فإنه يرضخ لهم الإمام شيئاً ، لا سهماً كاملاً ، لأنه لا يجب القتال على هؤلاء ، إلا عند الضرورة .

ثم ينظر : إن كان راجلاً فله سهم واحد ، وإن كان فارساً فله

سهمان عند أبي حنيفة : سهم له ، وسهم لفرسه . وعندهما : له ثلاثة أسهم : سهم له ، وسهمان لفرسه .

ثم يسهم للفارس لفرس واحد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر . وعند أبي يوسف : يسهم لفرسين ،ولا يسهم لما زاد على ذلك ـ وهذه المقادير تعرف بالأخبار الواردة في الباب .

ومنها ـ **أنه يعتبر حال المقاتل** ، في كونه فارساً أو راجلاً ، في حال دخوله دار الحرب ، في ظاهر الرواية ، إذا كان قصده الدخول للجهاد ، حتى إذا كان يدخل تاجراً ، فإنه لا يستحق . ولو دخل فارساً ، لقصد الجهاد ، يستحق سهم الفرسان ، وإن مات فرسه .

وعند الشافعي : يعتبر وصف المقاتل حال شهود الوقعة ـ والمسألة معروفة .

ولو دخل راجلاً ، ثم اشترى فرساً ، أو وهب له ، أو ورث ، أو استعار ، أو استأجر ، وقاتل فارساً : فله سهم راجل ، لاعتبار حال الدخول .

وروى الحسن عنه أنه له سهم فارس .

ولو دخل فارساً ، ثم باع فرسه ، أو آجره ، أو أعاره ، أو رهنه أو وهبه وسلم : روى الحسن عن أبي حنيفة أن له سهم فارس ، لاعتبار الدخول . وذكر في السير الكبير أن له سهم راجل ، لأنه لم يكن دخوله لقصد الجهاد ـ فاعتبر الحسن حالة الدخول بناء على الظاهر ، واعتبر حال شهود الوقعة أيضاً ، لأجل حقيقة القتال .

ومنها ـ حكم الأسرى ، فنقول :

الإمام بالخيار : إن شاء قتل المقاتلة منهم ، سواء كانوا من المشركين أو من أهل الكتاب ، من العرب أو من العجم ، لأنه قد يكون مصلحة

المسلمين في قتلهم ، وإن شاء استرقهم وقسمهم بين الغانمين ، إلا في حق مشركي العرب : فإنهم لا يسترقون ، ولكن يقتلون إن لم يسلموا ـ قال الله تعالىٰ : ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾(١) .

فأما النساء والذراري : فيسترقون كلهم ، العرب والعجم فيه سواء ، ولا يباح قتلهم ، لأنه فيه منفعة للمسلمين .

وليس للإمام أن يمن على الأسرى ، فيترك قتلهم ، لأن فيه إبطال حق الغزاة ، من غير نفع يرجع إليهم .

وهل يجوز أن يترك قتلهم بالمفاداة ، بأن يفادى بهم أسرى المسلمين ؟ عند أبي حنيفة : لا تجوز المفاداة(٢). وعند أبي يوسف ومحمد : تجوز المفاداة بهم .

ولا يجوز مفاداة أسرى الكفار بمال يؤخذ منهم ـ والمسألة معروفة .

ثم للإمام خيار آخر في حق أهل الكتاب ، وعبدة الأوثان من العجم : أن يعقد معهم عقد الذمة على أن يقبلوا الجزية ، ويترك الأراضي في أيديهم بالخراج ، كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق في حق مشركي العجم .

فأما في حق مشركي العرب : فلا يجوز أخذ الجزية منهم ، كما لا يجوز الاسترقاق ، فيقسم أراضيهم بين الغزاة ، لقوله عليه السلام : « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب » .

ومنها ـ حكم الخمس ، فنقول :

إن الخمس في زماننا يقسم على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى ، وسهم

---

(١) الفتح : ١٦ .

(٢) المفادة بين اثنين ـ يقال فاداه اذا أطلقه وأخذ فديته . وعن المبرد : المفاداة أن يدفع رجلاً ويأخذ رجلاً ، والفداء أن يشتريه . وقيل : هما بمعنى » .

للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل .ولم يكن ذكر هؤلاء الأصناف على طريق الاستحقاق ، حتى لو صرف إلى صنف منهم ، جاز ، كما في الصدقة .

واختلف مشايخنا : قال بعضهم بأن في زمن النبي عليه السلام كان يقسم على خمسة أسهم : سهم للرسول ﷺ ، وسهم لأقرباء الرسول عليه السلام : للفقراء دون الأغنياء . وقال بعضهم : يصرف إلى الفقراء والأغنياء من الأقرباء ، وثلاثة أسهم إلى ما ذكر الله تعالىٰ في الكتاب - وهذا عندنا .

وعند الشافعي : يقسم على خمسة أسهم : فسهم الرسول يصرف إلى كل خليفة في زمانه ، وسهم ذوي القربى يصرف إلى بني هاشم من أولاد فاطمة وغيرها ، وثلاثة أسهم أخرى إلى ما نص الله عليهم .

وعندنا على الوجه الذي كان ، وقد بقي ثابتاً ، وهم فقراء القرابة ، سوى سهم الرسول عليه السلام : فإنه سقط بوفاته - والمسألة معروفة .

ثم الخمس إنما يجب فيما يؤخذ من أموال أهل الحرب ، إذا أُخذ إما بإذن الإمام ، أو بقوة قوم لهم منعة وشوكة ، فإن الغنيمة اسم لمال يؤخذ على طريق القهر والغلبة : أما في المنعة فظاهر . وكذا إذا أذن الإمام لسرية أو لواحد ، حتى يدخل للإغارة ، بخمس ما أصابه ، لأنه أخذ بقوة الإمام ومعونته والإمداد عند الحاجة .

فأما إذا دخل قوم ، لا منعة لهم ، بغير إذن الإمام ، وأخذوا شيئاً : لا يجب فيه الخمس ، عندنا - خلافاً للشافعي ، وهم بمنزلة اللصوص والتجار : ظفروا بمال أهل الحرب ، خفية ، وأخرجوه - يكون ملكاً لهم خاصة ، ولا خمس فيه ، لأنه ليس بغنيمة .

هذا الذي ذكرنا حكم أموال الكفار التي أخذت منهم .

وأما حكم أموالنـا التي أخذوا من المسلمـين ، بالقهـر والغلبة في دار الإسـلام ـ فقبـل أن يحـرزوا بـدار الحـرب : لا يثبت الملك لهم . وإن أحرزوا : يثبت الملك لهم ـ عندنا ، خلافاً له .

وكذا الجواب في **عبيدنا** : إذا أخذوا في دار الإسلام .

فأما إذا أبق العبد منا ودخـل دار الحرب ، ثم أُخـذوه ، وأسروه : لا يصير ملكاً لهم عند أبي حنيفة ـ وعندهما : يملكونه .

وأجمعوا أنهم إذا أخذوا مدبرينا ، ومكاتبينـا ، وأمهات أولادنـا ـ أنهم لا يملكـون ، حتى لو وجـد الملك القديم ، يـأخـذه من غـير شيء : قبـل القسمة ، وبعد القسمة ، وفي يد التاجر .

فأما كل مال ملكوه : فإن وجد قبل القسمـة يؤخذ بغـير شيء . وإن كان بعد القسمة ، يؤخذ بالقيمة . وإن وجد في يد تـاجر أخـرجه إلى دار الإسلام ، فإنـه يأخـذ بالثمن إن شـاء ، لأن للمالـك القديم حق التملك بالبدل كـالشفيع ـ وهـذا في غير المكيـل والموزون ـ فـأما في المثليـات ، فلا يأخذ ، لأنه لا فائدة في أن يأخذ شيئاً ويعطي مثله .

ولو أن حربياً ، دخل دار الإسلام ، بغير أمان : يصير فيئـاً لجماعـة المسلمـين ـ حتى لو أسلم قبـل أن يأخـذه واحـد من المسلمـين : فـإنـه لا يعتق ـ وهذا عند أبي حنيفة . فأما عندهما : فيصير ملكاً للآخـذ ـ حتى لو أسلم قبل الأخذ : يكون حراً .

وأُجمعوا أنه إذا عاد ، إلى دار الحرب ، قبل الأخذ ، ثم أسلم ـ يكون حراً ، لأن حق أهل دار الإسلام لم يتأكـد عند أبي حنيفـة ، وعندهمـا : لم يثبت .

فإن دخل بأمان ، ثم أُخذ ـ يصح الأمان ، ولا يصير ملكاً للآخـذ ، لكن يقـول له الإمـام : « إن رجعت قبل سنـة : فلا شيء عليـك ، وإن

مضت سنة : وضعت عليك الجزية وصرت ذمياً » ـ فإن ذهب قبل مضي السن ، وإلا صار راضياً بالذمة ، ويصير ذمياً .

باب
أخذ الجزية ، وحكم المرتدين

أما حكم الجزية ـ فنقول :

إن أخذ الجزية ، وعقد الذمة ـ مشروع في حق جميع الكفار ، إلا في حق مشركي العرب ، والمرتدين ـ فإنه لا يقبل منهم الجزية ، كما لم يشرع فيهم الاسترقاق .

فأما في حق أهل الكتاب ، فلقوله تعالىٰ : ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾[(١)].

وأما في حق العجم ـ فبحديث عمر رضي الله عنه : أنه فتح سواد العراق ، وضرب الجزية على جماعتهم، ووضع الخراج على أراضيهم .

ثم الجزية إنما تشرع في حق المقاتلين ، من الرجال ، العقلاء ، الأحرار ، الأصحاء ـ دون النساء ، والصبيان ، والمجانين ، والأرقاء ، لأنها تجب على من يجب عليه القتل .

ثم الجزية على التفاوت ـ في حق الموسر المكثر : في كل سنة ، ثمانية وأربعون درهماً . وفي حق المتوسط : أربعة وعشرون . وفي حق الفقير المعتمل ، أعني القادر على العمل والكسب : اثنا عشر درهماً ـ حتى لا يجب على الزمن ، والأعمى ، والشيخ الفاني ، إذا لم يكونوا أغنياء ، وإذا

---

(١) التوبة : ٢٩ .

كانوا أغنياء ، فكذلك ، في ظاهر الرواية ، لأن هؤلاء ليسوا من أهل القتل . وعن أبي يوسف ، في رواية ، أنه يجب على الأغنياء منهم .

وعلى هذا - في التغلبي الفقير الذي لا يقدر على العمل : لا شيء عليه ، لأن الصدقة المضاعفة جزية حقيقة .

وكذلك إن مرض الذمي أكثر السنة : لا تجب الجزية ، لأن الصحة شرط .

وكذلك أهل الصوامع ، والرهابين ، والسياحون : يؤخذ منهم الخراج ، إذا كانوا ممن يقدرون على العمل . وعن محمد أنه لا خراج عليهم ، لأنهم لا يقتلون إذا لم يكن منهم شر ظاهر ، فلا تؤخذ منهم الجزية .

ثم الجزية تجب زجراً لهم عن الكفر في المستقبل عند أبي حنيفة - حتى تؤخذ منهم الجزية في السنة التي يعقد فيها الذمة . وإذا مضت السنة لا يؤخذ ، لما مضى . وعندهما : تؤخذ ، ما دام ذمياً ، لما مضى .

ولقب المسألة أن الموانيد[1] هل تؤخذ أم لا ؟ فعنده : لا تؤخذ ، خلافاً لصاحبيه .

وأما إذا أسلم الذمي ، أو مات : تسقط الجزية عندنا ، خلافاً للشافعي - والمسألة معروفة .

وأما حكم أهل الردة - فنقول :

لهم أحكام :

من ذلك - أن الرجل المرتد يقتل ، لا محالة ، إذا لم يسلم ، ولا يسترق - لكن المستحب أن يعرض عليه الإسلام أولاً ، فإن أسلم ، وإلا

---

(١) موانيد الجزية : بقاياها - جمع مانيد - وهو معرب » .

فيقتل من ساعته ، إذا لم يطلب التأجيل .

فأما إذا طلب التأجيل ، إلى ثلاثة أيام ، لينظر في أمره ـ فإنه يؤجل ، ولا يزاد عليه .

ولكن مشايخنا قالوا : الأولى أن يؤجل ثلاثة أيام ، ويحبس ، ويعرض عليه الإسلام ، فإذا وقع اليأس ، فحينئذ يقتل .

فأما المرأة : فلا تقتل عندنا . خلافاً للشافعي ، ولكنها تحبس ، وتجبر على الإسلام ، وتضرب في كل ثلاثة أيام ، إلى أن تسلم .

وكذا الجواب في الأمة ، إلا أن الأمة تحبس في بيت المولى ، لأن ملكه قائم ، بخلاف المرتدة المنكوحة : فإن النكاح قد بطل بالردة .

ولو لحقت بدار الحرب ، ثم ظهر المسلمون عليهم ، لهم أن يسترقوا المرتدة ، دون المرتد .

فأما الصبي العاقل ـ إذا ارتد : فردته صحيحة عند أبي حنيفة ومحمد ، كإسلامه . وعند أبي يوسف : إسلامه صحيح ، دون ارتداده . وعند الشافعي : لا يصح كلاهما ـ والمسألة معروفة . لكن لا يقتل ويعرض عليه الإسلام ، ولكن لا يحبس ، ولا يضرب ، وإذا بلغ الآن يعرض عليه الإسلام ، جبراً ، ويحبس ، ويضرب ، لكن لا يقتل ؛ لأنه لا يجب القتل بهذه الردة .

وعلى هذا ـ الصبي إذا حكم بإسلامه تبعاً لأبويه ، ثم بلغ كافراً ، ولم يسمع منه الإقرار بعد البلوغ : فإنه يجبر على الإسلام ، ولكن لا يقتل أيضاً . فأما إذا سمع منه الإقرار بعد البلوغ : يقتل إذا ارتد .

والسكران ـ إذا ارتد في حال ذهاب عقله : فالقياس أن تصح ردته في حق الأحكام ، وفي الاستحسان : لا تصح . وإن ذهب عقله بسبب

البِرسام والإغماء ، فارتد في تلك الحالة : لا تصح ردته ، قياساً ، واستحساناً ـ لأن الكفر لا يصح بدون القصد .

ومنها ـ حكم مال المرتد وتصرفاته :

قال أبو حنيفة : إنه موقوف : فإن مات ، أو قتل على ردته ، أو لحق بدار الحرب ـ بطل جميع ذلك ، إلا أن يدعي ولد جارية له فيثبت نسبه ، وتصير الجارية أم ولد له . وإن أسلم ، صح ذلك كله ، لأن ماله موقوف ، عنده ، بين أن يصير لورثته من وقت الردة ، وبين أن يبقى له إذا أسلم ، فالتصرفات المبنية عليه كذلك .

وعند أبي يوسف : تصرفاته صحيحة ، مثل تصرف الصحيح .

وعند محمد : تصرفاته مثل تصرف المريض : لا تصح تبرعاته إلا من الثلث ، لأن عندهما ملكه باق بعد الردة ، وإنما يزول بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب .

وأما حكم مال المرتدة وتصرفاتها : فمثل قولهما في المرتد عند أبي حنيفة ، لأنها لا تقتل .

ومنها ـ حكم ميراث المرتد :

إذا مات ، أو قتل ، أو لحق بدار الحرب ـ وترك ماله في دار الإسلام : قال أبو حنيفة : فما اكتسبه في حال الإسلام . فهو ميراث لورثته المسلمين ، وما اكتسبه في حال الردة ، فهو فيء . وعندهما : الكل ميراث .

ثم عندهما : يعتبر حال الوارث ، وقت الموت ، والقتل ، دون الردة : فإن كان مسلماً حراً يرث ، وإلا فلا .

وعن أبي حنيفة روايتان : في رواية : يعتبر حال الردة لا غير . وفي رواية : يعتبر حال الردة والدوام إلى وقت الموت والقتل .

وكذلك إذا لحق بدار الحرب : فإنه يورث ماله ، لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت .

لكن هل يشترط قضاء القاضي بلحاقه ؟ ففيه روايتان .

ولكن القاضي يحكم بعتق أمهات أولاده ، ومدبريه .

وأما المكاتب ـ فإذا أدى بدل الكتابة إلى ورثته : عتق ، ويكون الولاء للمرتد ، ويقوم الورثة مقامه في حق قبض بدل الكتابة ، كما إذا مات المولى وترك مكاتباً .

ولو أن المرتد ، بعدما لحق بدار الحرب عاد إلى دار الإسلام مسلماً : فإن كان قبل قضاء القاضي بلحاقه : فما له على حاله ، ولم يعتق مدبروه ومكاتبوه وأمهات أولاده . وإن كان بعد القضاء : فما وجد من ماله ، في يد وارثه ، بحاله ـ فهو أحق به ، كأنه وهب منه ، وله أن يرجع . وما زال عن ملكه ، بالتمليك أو بالأكل ، فلا رجوع فيه .

ولا سبيل له على أمهات الأولاد ، والمدبرين ، ولا يفسخ عتقهم ، لأنه لا يحتمل الفسخ . وإن وجد بدل الكتابة في يد الورثة يأخذه ، وإلا فلا شيء على الورثة .

باب
أحكام البغاة

قال :

إذا خرج طائفة على الإمام على التأويل ، وخالفوا الجماعة :

فإن لم يكن لهم منعة : فللإمام أن يأخذهم ويحبسهم ، حتى يحدثوا توبة .

وإن كانت لهم منعة : فإنه يجب على الذين لهم قوة وشوكة ، أن يعينوا إمام أهل العدل ، ويقاتلوهم حتى يهزموهم ، ويقتلوهم . وبعد الانهزام يقتلون مدبريهم ، وأسرائِهم ، ويجهزون على جريحهم .

وأصله قوله تعالىٰ : ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾(١) .

وإن عفا الإمام عن أسرائهم : فلا بأس به أيضاً .

وإن لم يكن لهم منعة ينحازون إليها : فليس للإمام أن يقتل أسراهم ولا مدبريهم ، ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة . ثم يخلى سبيلهم . ثم بعد التوبة : ما أخذ الإمام من أموالهم وسلاحهم ، وهو قائم ـ يرد اليهم . وما استهلكوه ، فلا ضمان عليهم .

وكذا في جانب أهل البغي : إذا أتلفوا أموال أهل العدل .

---

(١) الحجرات : الآية ٩ .

وأصله حديث الزهري : أنه قال : وقعت الفتنة ، فاجتمع أصحاب رسول الله ﷺ ، وهم متوافرون ، على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر ، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فلا ضمان فيه ، وكل فرج استبيح بتأويل القرآن فلا حد فيه ، وما كان قائماً يُرد .

وهذا إذا أتلفوا في حال التجبر والمنعة .

فأما إذا أتلفوا مالهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة ، أو بعد الانهزام - فإنهم يضمنون ، لأنهم من أهل دار الإسلام .

وهذا جواب الحكم ، وإنما نعني به أن يضمن كل واحد من الفريقين للآخر ما أتلف من الأنفس والأموال ، لكونها معصومة في هذه الحالة ، إلا بطريق الدفع .

ثم كل من لا يباح قتله من أهل الحرب ، لا يباح قتله من أهل البغي ، إلا إذا وجد القتال من العبيد والنسوان والشيوخ - فيحنئذ يقتلون في حالة القتال . وبعد الانهزام لا يباح .

ويكره أن يبعث برؤوس البغاة أو الحربى إلى الآفاق - إلا إذا كان في ذلك وهن لهم : فلا بأس به .

ثم قتلى أهل العدل شهداء : يفعل بهم مثل ما يفعل بالشهداء : يكفنون في ثيابهم ولا يغسلون ، ويصلى عليهم .

فأما قتلى أهل البغي : فلا يصلى عليهم ، سواء كان لهم منعة أو لم يكن - وهو الصحيح . ولكن يغسلون ، ويكفنون ، ويدفنون ، لأن هذا من شيمة الموتى .

وأما قضاء قاضي أهل البغي بشهادة أهل البغي - فلا يصح ، لاحتمال أنه قضى بما هو باطل عندنا ، لأنهم يستحلون أموالنا ودماءنا ، ولا يقبل قاضي أهل العدل كتاب قاضيهم ، لما ذكرنا من الاحتمال .

وإذا تابوا ، ورجعوا ، ينظر الإمام في قضاياه : فإن قضى بما هو الحق بشهادة أهل العدل : ينفذ ، وإلا فيرد الكل .

وأما إذا نصبوا قـاضياً من أهـل العدل ، فـإن قضاءه نـافذ ، لأن لهم شوكة وقوة ، وأمكن للقاضي تنفيذ قضاياه بقواهم ـ والله أعلم .

كتاب
الشرب

في هذا الكتاب فصلان :

أحدهما ـ في أحكام الشِّرب .

والثاني ـ في أحكام الأراضي .

أما الأول ـ فنقول :

إن المياه أنواع أربعة :

ماء مملوك :

وهو ما أحرز في الأواني . وحكمه حكم سائر الأملاك : ليس لأحد فيه حق ، ولا يحل لأحد أن يأخذه ، ولا أن يشربه إلا عند الضرورة القاتلة ، بأن أصابه العطش على وجه يهلك : فيباح له الأخذ والشرب ، ولو منع صاحبه : له أن يقاتله بالسلاح حتى يتمكن من تناوله ، بقدر ما يدفع به عطشه ، إذا كان معه فضل ماء عن حاجته الماسة . وفي الطعام : يباح له أن يأخذ جبراً وقهراً ، ولكن لا يقاتل بالسلاح ، كما قال بعض المشايخ .

وقال بعضهم : هذا في البئر الخاص والنهر الخاص : فإن حق الشفة ثابت لكل الناس ، فمن منع حقه : له أن يقاتل معه . فأما في الماء المملوك : فعند الضرورة القاتلة : يباح له الأخذ قهراً ، لكن لا يقاتل ، كما في الطعام .

والثاني :

الماء الذي يكون في البئر والحوض والعين المملوكة له ـ فهو حق خاص له ، كالمملوك ، لكن لعامة الناس حق الشفة من هذا الماء ، حتى يشرب بنفسه ، ويأخذ الماء لنفسه ولمواشيه ، وليس لصاحب الماء حق المنع ، وهو معنى قوله عليه السلام : « الناس شركاء في الثلاث : في الماء ، والكلأ ، والنار » .

ولكن لو أراد أحد أن يسقي زرعه من ذلك الماء ، لا يجوز له ذلك ، ويمنعه السلطان عنه . لأن هذا يبطل حقه ، لأنه لو أطلق هذا ، لشاركه فيه كل من يمكنه سقي أرضه منه ، فيبطل حقه أصلاً .

والثالث :

أن يكون نهراً مشتركاً بين جماعة محصورة ، حتى يثبت الشفعة بسبب الشركة فيه ـ كان لهؤلاء الشركاء حق السقي بقدر شركتهم في النهر ، وليس لغيرهم حق السقي للمزارع والأشجار ، إنما لهم حق الشفة .

ولو أراد واحد من الشركاء أن يكري نهراً صغيراً ، ويأخذ الماء من النهر المشترك ، فيسوق إلى أرض أحياها ، ليس لها منه شرب ـ ليس له ذلك ، إلا برضا الشركاء .

وكذلك إذا أراد أن ينصب عليه رحى : ليس له ذلك ، إلا برضا الشركاء ، لأن بقعة الرحى حق وملك لجماعتهم ، فاذا بنى اختص بتلك البقعة ، وانقطع حق الشركاء عنها ، فيمنع . أما إذا كان موضع الرحى ملكه ، وليس فيه ضرر بالشركاء ، بأن كان الماء يدير الرحى ويجري الماء على سننه في النهر ـ فليس لهم حق المنع ، لأن الماء مشترك بينهم ، ولكل واحد منهم أن ينتفع بحقه على وجه لا يتضرر به شركاؤه .

فأما إذا كرى نهراً من هذا النهر ، وعرّج الماء ، حتى يصل إلى الرحى

المملوكة له في أرضه ، فيدير رحاه ، ثم يجري النهر من أسفله ـ ليس له ذلك ، لأن فيه ضرراً بالشركاء بقطع الماء عن سننه ، فيتأخر وصول حقهم إليهم ، وينتقص في الجملة أيضاً .

وكذا الجواب في نصب الدالية (١) والسانية (٢).

والرابع :

الأنهار العظام ، كالفرات والدجلة والجيحون وغيرها : فلا حق لأحد فيها ، على الخصوص ، بل هو حق العامة : فكل من يقدر على سقي أراضيه ، منها : فله ذلك .

وكذا نصب الرحى والدالية ونحو ذلك .

وهذا إذا لم يكن فيه ضرر بالنهر العظيم ـ أما إذا كان فيه ضرر فيمنع عن ذلك .

ثم كري الأنهار العظام ، على السلطان ، من مال بيت المال ، لأن منفعتها ترجع الى عامة الناس ، فيكون مئونة ذلك في مال العامة ، وهو مال بيت المال .

وأما كري النهر المشترك بين أقوام معلومين : فعليهم ـ واختلفوا في كيفية ذلك :

قال أبو حنيفة : عليهم جميعاً أن يكروا من أعلاه ، فاذا جاوز أرض رجل واحد ، دفع عنه حصته ، ويكون الكرى على من بقي .

وقال أبو يوسف ومحمد : الكري عليهم جميعاً ، من أوله إلى آخره ، بحصص الشرب والأرض .

---

(١) الدالية لو ونحوها وخشب يصنع كهيئة الصليب ويشد برأس الدلو ثم يؤخذ حبل يربط طرفه بذلك وطرفه بجذع قائم على رأس البئر ويسقى بها .

(٢) السانية البعير يسنى عليه أي يستقى من البئر .

وبيان ذلك أن النهر إذا كان بين عشرة ، ولكل واحد منهم ، عليه ، أراض على السواء ، فإن الكري ، من فوهة النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم ، بينهم ، على عشرة أسهم : على كل واحد منهم العشر ، فإذا تجاوز شرب الأول خرج هو من الكري ، ويكون الكري على الباقين ، على تسعة أسهم ، فإذا تجاوز شرب الثاني سقطت عنه النفقة ، ويكون الكري على الباقين على ثمانية أسهم : على هذا الترتيب . وقالا : إن المئونة بينهم على عشرة أسهم ، من أول النهر إلى آخره .

فهما يقولان : إن لصاحب الأعلى منفعة في حفر الأسفل ، فإنه مسيل مائه ، كما أن لصاحب الأسفل منفعة في الأعلى ، ثم حفر الأعلى مشترك ، فكذلك الأسفل .

وأبو حنيفة يقول : إن فوهة النهر مشتركة ، لا يتوصل أحدهم الى الانتفاع بشربه إلا بحفرها . وكذا حفر ما بعدها ، فإذا تجاوز شرب أحدهم ، فلا حق له فيحفر ما بعد أرضه ، لأن ذلك ملك الباقي لا ملكه ، إنما له حق تسييل الماء فيه ، فتكون المؤونة على المالك ، لا على صاحب الحق ، كما في مسيل الماء على سطح مملوك لغيره .

وإذا كان نهر لرجل بين أراض ، فاختلفوا في المسناة : قال صاحب الأرض « هي ملكي »، وقال صاحب النهر « هي ملكي » ، ولا يعرف أن المسناة في يد من هي ، وفي تصرف من هي - قال أبو حنيفة : هي ملك صاحب الأرض ، حتى إن له أن يغرس فيها ويزرع ، ويمنع صاحب النهر عن إلقاء الطين فيها ، وعن المرور فيها - إلا أنه ليس له أن يحفر المسناة ، فيسيل ماء النهر في غير موضعه ، فيكون حق صاحب النهر في إمساك الماء لا غير . وعلى قولهما : إنما هي ملك صاحب النهر .

ومن مشايخنا من قال : إن هذا الخلاف مبني على أن النهر هل له حريم أم لا ؟ : فإن كرى رجل نهراً في أرض موات بإذن السلطان : فعند

أبي حنيفة : ليس له حريم . وعندهما : له حريم ـ فكان الظاهر شاهداً لصاحب النهر عندهما ، وليس بشاهد له عند أبي حنيفة .

لكن أهل التحقيق من مشايخنا قالوا : لا خلاف أن للنهر حريماً في أرض موات ، فإن النبيّ عليه السلام جعل للبئر حريماً ، فيكون جعله ذاك ، جعلاً للنهر حريماً ، بطريق الأولى ، لشدة حاجة النهر إلى الحريم .

ولكن الخلاف ههنا فيما إذا لم يعرف أن المسناة في يد صاحب النهر ، بأن كانت متصلة بالأراضي ، مساوية لها ولم تكن أعلى منها : فالظاهر شاهد أنها من جملة أراضيه ، إذ لو لم تكن هكذا ، لكانت أعلى ، لإلقاء الطين فيها ـ ونحو ذلك . وعندهما : الظاهر شاهد لصاحب النهر ، لكونه حريماً له ـ فوقع الكلام بينهم في الترجيح .

ثم الشِّرب ، الخاص أو المشترك ، لا يجوز بيعه وهبته ونحو ذلك ، إلا الوصية . ويجري فيه الإرث ، لأنه ليس بعين مال ، بل هو حق مالي .

فأما إذا باع تبعاً لأرضه ، جاز ، ويصير الشرب لصاحب الأرض ، وإنما يدخل الشرب إذا ذكره صريحاً في البيع أو يذكر : « إني بعت الأرض بحقوقها أو بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو لها ، داخل فيها وخارج منها ، من حقوقها » ـ فحينئذ يدخل . فأما في الإجارة فيدخل الشرب من غير ذكر ، لأن الانتفاع بالأرض المستأجرة لا يكون إلا بالماء ، بخلاف البيع .

وأما أحكام الأراضي

فهي أنواع :

أرض مملوكة عامرة ـ لا يجوز لأحد التصرف فيها ، والانتفاع بها ، إلا برضا صاحبها .

والثانية ـ أرض خراب انقطع ماؤها وهي ملك صاحبها ـ لا تزول

عنه إلا بإزالته ، وتورث عنه إذا مات . وهذا إذا عرف صاحبها . وإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة .

والثالثة ـ الأرض المباحة ، وتسمى الموات ـ وهي نوعان :

أحدهما : ما يكون تبعاً لبعض القرى : مرعى لمواشيهم ، ومحتطباً لهم ـ فهي حقهم ، لا يجوز للإمام أن يقطعها من أحد ، لأن في ذلك ضرراً بهؤلاء . ولكن ينتفع بالحطب والقصب ، التي فيها ، هؤلاء وغيرهم ، وليس لهم أن يمنعوها عن غيرهم ، لأنها ليست بملك لهم . والحد الفاصل أن يسمع صوت الرجل من أدنى الأرض المملوكة إليه ، فما لم يسمع صوته فيه فهي ليست بتابعة لقريتهم .

والنوع الثاني : ما لا يكون تبعاً لقرية من القرى ـ فهي على الإباحة : من أحياها بإذن الإمام : فعند أبي حنيفة تكون ملكاً له ، وعندهما : بغير إذن الإمام تصير ملكاً له ، ويصير هو أحق بها من غيره ملكاً .

والإحياء أن يبني ثمة بناء . أو يحفر نهراً ، أو يجعل للأراضي مسناة ونحو ذلك . أما إذا وضع أحجاراً حولها وجعل ذلك حداً ، فإنه لا تصير ملكاً له ، ولكن يكون هو أحق بالانتفاع بها ، بسبق يده ، على ما روي : « مِنى مَناخ من سبق » .

ثم في الأراضي المملوكة : لا شركة لأحد في الحطب والقصب منها ، وإنما لهم حق في الكلأ ، وليس لأربابها منع الغير عن ذلك ، للحديث الذي روينا . ولو منع عن الدخول ، يقال له : « أخرج الكلأ إلى الطالب ، وإلا فاتركه حتى يدخل فيحصد بنفسه » .

وهكذا المروج المملوكة ، والأجمة المملوكة في حق الكلأ والسمك ، لا في الحطب والقصب .

ثم إذا حفر نهراً ـ هل لـه حريم ؟ عنـد بعض المشايـخ على الخـلاف الذي ذكرنا في المسناة . وعند بعضهم : له حريم ، بقدر مـا يحتاج إليـه ، بالاتفاق ، لإلقاء الطين ونحوه .

واختلف أبو يوسف ومحمد في مقداره : قال أبو يوسف : قدر عـرض نصف النهـر من هذا الجـانب ، وقدر النصف من الجـانب الآخـر . وقـال محمد : قدر عرض جميع النهر من كل جانب .

وكذا الاختلاف في الحوض .

فأما حريم بئر العَطَن[1] فأربعون ذراعاً، بالإجماع .

وحريم العين خمسمائة ذراع ، من كل جانب ، بالإجماع .

واختلفوا في بئر الناضح[2]: قال أبو حنيفة : أربعون من كل جانب . وقالا : ستون ذراعاً .

---

(١) العَطَن للإبل المُناخ والمَبْرَك ولا يكون إلا حول الماء .

(٢) نضح البعير الماء حمله من نهر أو بئر لسقي الزرع فهو ناضح لأنه ينضح العطش أي يبله بالماء الذي يحمله ـ هذا أصله ثم استعمل الناضح في كل بعير وان لم يحمل الماء .

كتاب
الأشربة

قال :

يحتاج إلى : تفسير أسماء الأشربة المحرمة في الجملة ،

وإلى بيان أحكامها .

أما الأسماء

فثمانية : الخمر ، والسَّكَر ، ونقيع الزبيب ، ونبيذ التمر ، والفضيخ ، والباذق ، والطلاء ويسمى المثلث ، والجمهوري ويسمى أبو يوسفي .

أما الخمر - فهو اسم للنيء من ماء العنب بعدما غلي واشتد وقذف بالزبد وسكن عن الغليان وصار صافياً - وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا غلي واشتد ، فهو خمر ، وإن لم يسكن عن الغليان .

وأما السكر - فهو النيء من ماء الرطب بعدما غلي ، واشتد ، وقذف بالزبد وسكن غليانه عنده ، وعندهما : إذا غلي ولم يسكن غليانه .

وأما نقيع الزبيب - فهو الزبيب إذا نقع في الماء حتى خرجت حلاوته إلى الماء من غير طبخ .

وأما نبيذ التمر - فيقع على الماء الذي نقع فيه التمر ، فخرجت حلاوته ، ثم اشتد وغلي وقذف بالزبد - وهذا الاسم يقع على المطبوخ والنيء منه .

وأمـا الفضيخ ـ فهـو البسر إذا خـرج منه المـاء ، وغـلي ، واشتـد ، وقذف بالزبد ـ وذلك بأن يكسـر ويدق : يسمى فضيخـاً لأنه يفضـخ أي يكسر ويرض .

وأما الباذق ـ فهو اسم لما طبـخ أدنى طبخ من مـاء العنب حتى ذهب أقـل من الثلثين ، سـواء كـان أقـل من الثلث أو النصف ، أو طبـخ أدنى طبخه بعدما صار مسكراً وسكن عن الغليان .

وأمـا الطلاء ـ فهـو اسم للمثلث ، وهو المـطبـوخ من مـاء العنب ، بعدما ذهب ثلثاه ، وبقي الثلث ، وصار مسكراً .

وأما الجمهوري ـ فهو الطلاء الـذي يلقى فيه المـاء حتى يرق ويعـود إلى المقدار الذي كان في الأصل ، ثم طبخ أدنى طبخه وصار مسكراً ، هذا بيان الأسماء .

أما بيان الأحكام ـ فنقول :

أما الخمر فلها أحكام ستة :

الأول ـ تحريم شرب قليلها وكثيرها .

ويحرم الانتفاع بها للتداوي وغيره . لكن عند أبي حنيفة : ما لم تسكن من الغليان يباح شـربها ، وعنـدهما : إذا صـار مسكراً يحـرم شربـه وإن لم يسكن من الغليـان ـ قال عليـه السلام : « حـرمت الخمر لعينهـا : قليلهـا وكثيرها ، والسكر من كل شراب » .

والثاني ـ تكفير جاحد حرمتها ـ لأن حرمتها ثبتت بنص الكتاب .

والثالث ـ يحرم تمليكهـا ، وتملكها ، بسبب الملك ، من البيـع والهبة وغيرهما مما للعباد فيه صنع .

والرابع ـ هي نجسـة نجاسـة غليظة ، حتى إذا أصـاب الثوب أكـثر

من قدر الدرهم ، يمنع جواز الصلاة - لقوله تعالى : ﴿ رجس من عمل الشيطان ﴾ .

والخامس - يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها ؛ بإجماع الصحابة عليه .

والسادس - يجب فيه الحد ، مقدراً بثمانين سوطاً في حق الأحرار ، وفي حق العبيد نصف ذلك .

وأما حكم السكر ونقيع الزبيب ، والتمر من غير طبخ ، والفضيخ والباذق - فواحد ، وهو أنه يحرم شرب قليلها وكثيرها ، لكن هذه الحرمة دون حرمة الخمر ، حتى إن من جحد حرمة هذه الأشربة لا يكفر ، بخلاف الخمر .

وكذا لا يجب الحد بشرب قليلها ، وإنما يجب الحد بالسكر .

وقال بعض الناس بإباحة هذه الأشربة ، مثل بشر المريسي[1] ، وغيره - لورود الأخبار في إباحة شربها .

واختلفت الروايات في النجاسة : ففي رواية عن أبي حنيفة أنه نجس العين كالخمر ، ويمنع من جواز الصلاة ما كان مقدراً بأكثر من قدر الدرهم ، وفي رواية : طاهر . وعن أبي يوسف أنه اعتبر فيه الكثير الفاحش .

أوما بيع هذه الأشربة وتمليكها : فجائز عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ومحمد : لا يجوز ذلك - فهما يقولان إن المال ما يباح الانتفاع به ،

---

(١) وهو بشر بن غياث المَريسي نسبة الى قرية « مريس » بمصر وقد أدرك مجلس أبي حنيفة . وأخذ الفقه عن أبي يوسف وبرع فيه . وكان ذا ورع وزهد ، ولكنه اشتهر بعلم الكلام والفلسفة ، وقد حرر القول بخلق القرآن . وله تصانيف وروايات كثيرة عن أبي يوسف . وفي المذهب أقوال غريبة منها جواز أكل الحمار . وقد كفره البعض . وإليه تنسب الطائفة من المرجئة المسماة « المريسية » . وقيل ان والده كان يهودياً قصاراً صباغاً . وقد توفي سنة ٢٢٨ وقيل سنة ٢١٨ وقيل سنة ٢١٩ هـ .

حقيقة وشرعاً ، وهذه الأشربة لا يباح شربها ولا الانتفاع بها شرعاً ، فلا تكون مالاً ، كالخمر . وأبو حنيفة يقول : إن الأخبار تعارضت في هذه الأشربة ، في الحل والحرمة ، فقلنا بحرمة الشرب احتياطاً ، ولا تبطل المالية الثابتة في الحالة الأولى ، احتياطاً ، لأن الاحتياط لا يجري في إبطال حقوق الناس .

وأما حكم الطلاء وحكم مطبوخ التمر ، والزبيب ، أدنى طبخ ، على السواء - فالقليل منه حلال طاهر ، والمسكر حرام ، وهو القدح الذي يسكر . فإذا سكر يجب عليه الحد . ويجوز بيعه ، وتمليكه ، ويضمن متلفه - وهذا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وعن محمد روايتان : في رواية أنه حرام شربه ، لكن لا يجب الحد ما لم يسكر - وهو قول الشافعي .

وفي رواية - قال : لا أحرمه ، ولكن لا أشرب منه ، والصحيح قولهما ، باتفاق عامة الصحابة على إباحة شربه ، حتى إن عند أبي حنيفة هذا من علامة مذهب السنة والجماعة ، حتى سئل عنها ، فقال : السنة أن تفضل الشيخين وتحب الختنين - إلى أن قال : ولا تحرم نبيذ الجر [1].

ثم ما سوى هذه الأشربة مما يتخذ من الحنطة ، والشعير ، والذرة ، والسكر ، والفانيذ ، والعسل ، والتين - فهي مباحة ، وإن سكر منها ، ولا حد على من سكر منها - هذا هو الصحيح من الرواية ، لأن هذه من جملة الأطعمة ، ولا عبرة بالسكر ، فإن في بعض البلاد قد يسكر المرء من الخبز ونحوه ؛ والبنج يسكر ، ولبن الرمكة [2] يسكر .

---

(١) الجَرّ جمع جرة وهي الإناء المعروف مثل تمرة وتمر وبعضهم يجعل الجر لغة في الجرة .

(٢) الرمكة الفرس أو البرذونة تتخذ للنسل .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المسكر منه حرام ، كما في المثلث ، ولكن إذا سكر منه ، لا حد فيه ، بخلاف المثلث .

ثم حد السكر الذي يتعلق به وجوب الحد ، والحرمة ، عند أبي حنيفة ـ أن يزول عقله بحيث لا يفهم شيئاً .

وعندهما : إذا كان غالب كلامه الهذيان .

فما قاله أبو حنيفة غاية السكر ، فاعتبر الكمال في درء الحد ، ولو كان الخمر فيها حموضة غالبة ، وفيها طعم المرارة ، لكنه مغلوب ، فإنه لا يحل ما لم يزل من كل وجه .

وهما اعتبرا الغالب ، فيحل عندهما .

ويحرم على الأب أن يسقي الصبيان خمراً ، وعليه الإثم في الشرب .

وكذلك لو سقى الدواب حتى سكرت ، ثم ذبحها : لا يحرم أكل لحمها .

ولو نقعت فيها الحنطة ، ثم غسلت ، حتى زال طعمها ورائحتها : يحل أكلها .

ولو ألقى في الخمر علاجاً من الملح ، والسمك ، والبيض ، والخل ، حتى صارت حامضاً : يحل شربها عندنا ، وصارت خلًّا . وعند الشافعي : لا يحل . ولقب المسألة أن تحليل الخمر بالعلاج : هل يباح أم لا ؟

ولو نقل الخمر من الظل إلى الشمس ، ومن الشمس إلى الظل ، حتى تصير حامضاً ـ تحل عندنا ، وللشافعي فيه قولان ـ والمسألة معروفة . والله أعلم .

كتاب
الحظر والإباحة

سمى محمد بن الحسن رحمه الله ومشايخنا هذا الكتاب : « كتاب الاستحسان » ، لما فيه من المسائل التي استحسنها العقل والشرع .

والشيخ أبو الحسن الكرخي سماه : « كتاب الحظر والإباحة » ، لما فيه من بيان أحكام « الحظر والإباحة والكراهة والندب » على الخصوص .

وبدأ الكتاب بإباحة المس والنظر إلى الرجال والنساء ـ فنقول :

النسوان على أربعة أنواع :

نوع منها ـ الزوجات ، والمملوكات بملك اليمين .

ونوع منها ـ الأجنبيات ، وذوات الرحم التي لا يحرم نكاحهن .

ونوع آخر ـ ذوات الرحم المحرم ، والمحارم التي لا رحم لها كالمحرمة بالرضاع والصهرية .

ونوع آخر ـ مملوكات الغير .

أما النوع الأول :

فيحل للزوج وللمالك النظر والمس من قرنها إلى قدمها ، عن شهوة ، ويحل الاستمتاع في الفرج ، وما دون الفرج ، إلا في حالة الحيض : فإنه لا يباح الوطء في هذه الحالة ما لم تطهر .

وهل يباح الجماع فيما دون الفرج ؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا

يباح الاستمتاع إلا فوق الإزار . وقال محمد : يجتنب شعار الدم ، ويحل له ما وراء ذلك من غير إزار .

واختلف المشايخ في تفسير قول أبي حنيفة وأبي يوسف : « ما فوق الإزار » ـ بعضهم قالوا : أراد ما فوق السرة من البطن ونحوه ، ولا يباح ما دون السرة إلى الركبة . وقال بعضهم : أراد به أنه يحل الاستمتاع مع الإزار لا مكشوفاً .

وكذا لا يحل الاستمتاع بالدبر عند عامة العلماء . وقال بعض أصحاب الظواهر : يباح .

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ﴾[1] .من غير فصل ،إلا أن حالة الحيض صارت مستثناة لقوله تعالى :﴿ ويسألونك عن المحيض : قل هو أذى ﴾[2] (الآية) . وصار الاستمتاع بالدبر مستثنى بإجماع الصحابة ، وبحديث عليّ رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال : « من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها ، أو أتى كاهناً فصدقه فيما يقول ـ فهو كافر بما أنزل على محمد ﷺ » .

وأما النظر إلى عين الفرج : فمباح أيضاً ، لأن الاستمتاع مباح ، فالنظر أولى ، لكن ليس من الأدب النظر إلى فرج نفسه أو إلى فرجها .

وأصل ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « قبض رسول الله ﷺ وما نظرت إلى ما منه وما نظر إلى ما مني » .

وأما النوع الثاني ـ وهو المحارم من ذوات الرحم ، والمحارم التي لا رحم لها من الأجنبيات ـ فنقول :

---

(١) سورة المؤمنون : ٥ ـ ٦ .
(٢) البقرة : ٢٢٢ .

النظر حرام ، إلى هؤلاء : إلى ما بين السرة والركبة ، وإلى البطن والظهر ، ويباح النظر إلى ما سوى ذلك من الشعر ، والصدر ، والساعدين ، والساقين ، ونحوها ـ لقوله تعالىٰ : ﴿ ولا يبيدين زينتهن الا لبعولتهن ﴾[1] (الآية) .ولكن هذا إذا كان غالب رأيه أنه لا يشتهي. فأما إذا كان غالب حاله أنه يشتهي : فلا يباح له النظر .

وما عرفت من الجواب في حق النظر ، فهو الجواب في حق المس : أنه لا يباح له مس الأعضاء التي لا يباح له النظر إليها ، ويباح مس الأعضاء التي يباح له النظر إليها .

وهذا إذا كانت الأعضاء مكشوفة .

فأما إذا كانت مع الثياب ، واحتاج ذو الرحم المحرم إلى مس هذه الأعضاء الأربعة ، وراء الثوب ، للإركاب ، والإنزال ، والوضع في القبر واللحد ـ فلا بأس بذلك إذا كان لا يشتهي ، لأجل الحاجة .

*

وأما النوع الثالث ـ وهو مملوكات الغير :

فحكمها وحكم ذوات الرحم المحرم في حرمة النظر والمس ، سواء .

وأما النوع الرابع ـ وهو الأجنبيات ، وذوات الرحم بلا محرم :

فإنه يحرم النظر إليها أصلاً من رأسها الى قدمها ، سوى الوجه والكفين ، فإنه لا بأس بالنظر إليهما من غير شهوة ، فإن كان غالب رأيه أنه يشتهي ، يحرم أصلاً .

وأما المس فيحرم ، سواء عن شهوة ، أو عن غير شهوة ـ وهذا إذا كانت شابة .

فإن كانت عجوزاً ، فلا بأس بالمصافحة إن كان غالب رأيه أنه لا

(١) النور : ٣١

يشتهي . ولا تحل المصافحة إن كانت تشتهي ، وإن كان الرجل لا يشتهي .

فإن كان عند الضرورة : فلا بأس بالنظر ، وإن كان يشتهي ، كالقاضي والشاهد : ينظر إلى وجهها ، عند القضاء ، وتحمل الشهادة ، أو كان يريد تزوجها ، لأن الغرض ليس هو اقتضاء الشهوة ، على ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال للمغيرة بن شعبة : « لو نظرت إليها لأحرى أن يؤدم بينكما » .

وأما النظر إلى القدمين - هل يحرم ؟ ذكر في « كتاب الاستحسان » : هي عورة في حق النظر ، وليس بعورة في حق الصلاة . وكذا ذكر في «الزيادات»إشارة الى أنها ليست بعورة في حق الصلاة .

وذكر ابن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة أنها ليست بعورة ، في حق النظر ، كالوجه والكفين .

وأما الرجال في حق الرجال : فيباح لكل واحد النظر إلى الآخر ، سوى ما بين الركبة إلى السرة . والركبة عورة عندنا ، خلافاً للشافعي . والسرة ليست بعورة عندنا ، وعنده عورة .

وكذلك النساء في حق النساء : يباح النظر إلى جميع الأعضاء سوى ما بين الركبة الى السرة .

وما يباح النظر يباح المس من غير شهوة . ولا يباح المس والنظر إلى ما بين السرة والركبة ، إلا في حالة الضرورة ، بأن كانت المرأة ختانة تختن النساء ، أو كانت تنظر إلى الفرج لمعرفة البكارة ، أو كان في موضع العورة قرح أو جرح يحتاج إلى التداوي . وإن كان لا يعرف ذلك إلا الرجل ، يكشف ذلك الموضع الذي فيه جرح وقرح ، فينظر إليه ، ويغض البصر ما استطاع .

وكذا يباح للنساء النظر إلى الرجال ، إلا فيما بين السرة إلى الركبة ، لأن هذا ليس بعورة ، فإن الرجال قد يكونون في إزار واحد في الأسواق ، ولم ينكر عليهم أحد .

باب آخر

قال :

رجل رأى إنساناً قتل أباه ، عمداً ، بالسلاح ، أو أقر عنده ، ثم قال القاتل : « إنما قتلته ، لأنه قتل وليي عمداً ، أو أنه ارتد عن الإسلام » ، ولم يعرف الابن ذلك إلا بدعواه : فإنه يباح له أن يقتص منه ، لا يقبل قوله ، لأن القصاص ثبت عنده لوجود القتل العمد ظاهراً ، بالعيان أو بالإقرار ، فإن الإقرار حجة بنفسه ، وقول القائل يحتمل الصدق والكذب فلا يعتبر إلا بحجة .

ولو شهد ، عنده ، رجلان ، عدلان : « إن هذا الرجل قتل أباك ، عمداً ، بالسلاح » - فإنه لا يباح له أن يقتله ، لأن قول الشاهدين لا يصير حجة ، بدون قضاء القاضي ، بخلاف الإقرار والعيان .

ولو شهد عند الابن شاهدان على دعوى القاتل : أنه قتله بحق ، ينظر : إن كان بحال لو شهدا عند القاضي ، فالقاضي يقضي بشهادتهما : فإنه لا يتعجل بالقتل ، بل يتوقف إلى أن يشهدا عند القاضي . وإن كان بحال لا يقبل القاضي قولهما : يباح له أن يقتله للحال - بيانه :

- إذا كان الشاهدان محدودين في القذف ، أو فاسقين ، أو النساء وحدهن - فالقاضي لا يقضي بقولهم ، ويباح له أن يقتله للحال . وإن كانا رجلين عدلين : يتوقف .

ـ وكذلك في الشاهد الواحد : يتوقف .

ـ وروي عن محمد : في المحدودين أحب إلي أن يتوقف ، لأن القاضي ربما يقبل شهادتهما ، على رأي الشافعي ، ويكون اجتهاده يفضي إليه ، ويراه حقاً وصواباً ، وقضاء القاضي ، في فصل مختلف فيه ، جائز .

ـ وكذلك في الفاسقين ، والنساء وحدهنّ : يجب أن يكون الجواب كذلك ، عنده ، لأن ذلك فصل مختلف فيه أيضاً .

ـ وكذلك الجواب فيما إذا رأى إنساناً أخذ مال أبيه ، أو أقر عنده ، ثم قال : « كان ذلك عنده وديعة لي فأخذته » أو : « كان لي عليه دين فاقتضيته » ـ فله أن يأخذه .

ـ ولو شهد رجلان عنده بذلك : ليس له أن يأخذ ، لما قلنا .

ـ ولو أن القاضي إنما قضى في فصل مجتهد فيه ، وهو من أهل الاجتهاد برأيه . والمقضي عليه فقيه مجتهد يرى بخلاف ما يقضي به القاضي ، فإنه يجب عليه أن يترك رأيه برأي القاضي ، سواء كان ذلك من باب الحل أو الحرمة أو الملك أو الطلاق أو العتاق ونحوه ، لأن قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه ينفذ بإجماع الأمة ، لأن رأيه ترجح بولاية القاضي ـ وهذا قول محمد . وكذا قال أبو يوسف فيما ليس من باب الحرمة ، فأما إذا كان من باب الحرمة : فيتبع رأي نفسه ، احتياطاً في باب الحرمة ـ بيانه :

ـ رجل قال لامرأته : « أنت طالق ألبتة » ، وهو رجل فقيه : في زعمه واجتهاده أنه طلاق ثلاث أو بائن ، فرفعت المرأة الأمر إلى القاضي ، ورأيه أنه طلاق واحد ، يملك الرجعة ، فقضى بالحل للمرأة عليه ، يحل للزوج وطؤها ، ويصير رأيه متروكاً برأي القاضي عند محمد ، وعند أبي يوسف بخلافه .

ـ ولـو كان رأي الـزوج أن هذا طـلاق رجعي ، ورأي القـاضي أنـه طلاق بائن أو ثلاث ، فقضى بالحرمة ، يحرم عليه وطؤها في القولين .

ـ ولو كان الرجل المطلق ليس بفقيه ، فأفتى له الفقهاء بأن هذا طلاق محـرم ، ورفعت الأمـر إلى القـاضي وقضى القـاضي بـالحـل : يحـل لـه وطؤها ، لأن فتوى الفقهاء للمطلق بمنزلة الاجتهاد منه ، فيجب عليه ترك الفتوى برأي القاضي عند محمد ، خلافاً لأبي يوسف .

ـ وإذا كانت المسألة على العكس ، فـالجواب كـذلك : أنـه يتبع رأي القاضي من القولين .

ـ ولـو أن فقيهاً مجتهـداً قال لامـرأته : « أنت طـالق ألبتة » ورأيـه أنه ثلاث ، وعزم على الحرمة وأمضى رأيه فيما بينه وبينهـا ، وأجنب عنها ، ثم تحول رأيه إلى أنه طلاق يملك الرجعة ـ يجب العمـل بالـرأي الأول في حق هذه المرأة ، حتى لا يحـل له وطؤهـا ، إلا بنكاح جـديد ، أو بعـد الزوج الثاني ،وبالرأي الثاني في المستقبل في حقها وفي حق غيرها ، لأن ما أمضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله .

ولو لم يعزم عـلى الحرمـة ، ولم يمض اجتهاده بينـه وبينها ، حتى تحـول رأيه إلى الحل وأنه طلاق رجعي ـ لـه أن يطأهـا ، ولا تقع الفـرقة لأنـه لم يوجد إمضاء الاجتهاد الأول ، فصار كالقاضي إذا كان رأيه التحريم فقبل أن يقضي تحول رأيه إلى الحل ، يعمل بـالرأي الثـاني ، ويقضي بالحـل في حق هذه المرأة ـ فكذا هذا .

باب آخر منه

لا خلاف بين الأمة في إباحة استعمال الحرير ، للنساء ، لبساً ، واستفراشاً ، وجلوساً عليه ، ونحو ذلك .

فأما في حق الرجال : فاللبس حرام بالإجماع ، بأن جعله قباء ، أو قميصاً ، أو قلنسوة ، وهو حرير خالص ، في غير حالة الحرب . فأما في حال الحرب فكذلك عند أبي حنيفة ، وعندهما : يباح اللبس في حال الحرب .

وهذا إذا كان كله حريراً . فأما اذا كان لحمته حريراً ، فلا يكره في الحرب ، بالإجماع ، ويكره في غيره .

وإذا كان السدى حريراً لا غير : لا يكره ، بالإجماع .

وأصله قوله عليه السلام على ما رواه عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبيّ عليه السلام أخذ حريراً بشماله وذهباً بيمينه ورفع بهما يديه وقال : « إن هذين حرام على ذكور أمتي ، حل لإناثها » - فأبو حنيفة أخذ بعموم الحديث ولم يفصل بين الحرب وغيره . وهما قالا بالإباحة في حق أهل الحرب ، لأن لباس الحرير أهيب للعدو وأثبت للسلاح ، فخصا أهل الحرب من عموم الحديث ، ولكن أبا حنيفة قال : هذا المعنى يحصل بما إذا كان لحمته حريراً ، فلا ضرورة في الحرير الخالص .

وأما لباس الصبيان والمجانين : فحرام على الأولياء ، ويأثمون

بذلك . أما لا حرمة في حقهم فلأنه لا خطاب عليهم .

وأما النوم على الحرير ، واستعماله في الجلوس عليه والاتكاء عليه - فجائز عند أبي حنيفة ، لأنه ليس فيه تعظيم ، بخلاف اللباس . وعندهما : لا يجوز للرجال أيضاً ، لأنه لباس الكفرة من الأعاجم .

ولكن القليل من الحرير عفو في حق اللبس ، وذلك مقدار ثلاث أصابع أو أربع ، فإن النبيّ عليه السلام لبس فروة أطرافها من حرير ، وكذلك العلم في الثياب معتاد من غير نكير من أحد ، فيكون إجماعاً .

وأما استعمال **الذهب والفضة** بطريق التحلي : فمباح في حق النساء ، وفي حق الرجال حرام ، سوى التختم بالفضة . لما روينا من الحديث ، وجاءت الرخصة في الخاتم .

وأما استعمال الأواني من الذهب والفضة ، في الشرب والأكل والادهان ، ونحو ذلك مما يستعمل في البدن - فحرام في حق الرجال والنساء جميعاً ، حتى المكحلة والمرآة والمجمر ، ونحوها ، وكذلك الركاب واللجام والثَّفَر والكرسي والسرير ونحوها . أما إذا كان مفضضاً أو مضبباً فلا بأس باستعماله عند أبي حنيفة ، وكذلك إذا كان على السَّيْف .

وعندهما : يكره ذلك كله ، لأن الذهب والفضة صارا من أجزاء ذلك الشيء .

وأبو حنيفة يقول إنه تبع لما ليس بذهب وفضة ، والعبرة للأصل - وهذا في احدى الروايتين . وفي رواية : إذا كان فمه عند الشرب يقع على العود : لا يكره ، وإن كان يقع على الفضة : يكره

وكذا إذا كان الجلوس على الكرسي المفضض والمذهب ، على هاتين الروايتين : إن كان الجلوس على موضع العود : لا يكره ، وإن كان على الفضة : يكره . وفي رواية : لا يكره أصلاً .

وهما رخصا في المصحف في رواية . وفي رواية يكره في المصحف أيضاً .

وهذا اذا كان الذهب مما يخلص بالإذابة .

فأما إذا كان مموهاً بماء الذهب والفضة ، فلا بأس به ، لأنه لا يخلص عند الإذابة .

وكذا كتابة الذهب والفضة على الثياب : فعلى هذا الاختلاف .

وإذا جُدِع أنفه ، فجعل أنفاً من فضة ، لإزالة الشين ، لا يكره . ولو جعل من الذهب لا يكره أيضاً ، لأنه إذا كان من الفضة ينتن فرخص في ذلك ، وفي عين هذا ورد الأثر .

ولو تحرك سنه فشدها بذهب أو فضة : فلا بأس به ، عند أبي حنيفة . وفي الجامع الصغير : لا يشدها بالذهب . وعند محمد : لا بأس به . وكان أبو حنيفة لا يرى بأساً بشدها بالفضة ، لأنه لا حاجة إلى الذهب .

ولو خيف سقوط الفص من خاتم الفضة فشد بمسمار من ذهب : فلا بأس به ، بالاتفاق ، لأجل الضرورة .

ولو سقطت سن إنسان ، وأراد أن يعيدها ويشدها بالذهب والفضة ، يكره ، عند أبي حنيفة ، كما لو وضع سن ميت آخر : يكره . وقال أبو يوسف : لا بأس بإعادة سنه مكانها ، ولا يشبه سنه سن ميت آخر ، وبينهما فصل عندي ، وإن لم يحضرني ذلك .

ثم ذكر في الكتاب مسائل : ذكرها متفرقة في الكتب ، وقد جمعها ههنا ، وقد ذكرناها في مواضعها ، فلا نعيدها ـ ونذكر بعض ما لم نذكره .

منها ـ أنه يكره شرب لبن الأتان ، للتداوي ، بالاتفاق : أما عند أبي حنيفة فلا يشكل ، كما في بول ما يؤكل لحمه . وأبو يوسف فرق

وقال : الأصل هو الكراهة لقوله عليه السلام : « إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » ، ولكن في البول ورد حديث خاص ، فبقي الباقي على الأصل .

وقال : لا بأس بعيادة اليهودي والنصراني ، للحديث الوارد فيه ، ولأجل إلف أهل الذمة ، خصوصاً في حال المرض ، مما يدعوهم الى الدين الحق .

أما السلام فقالوا : يكره لما فيه من التعظيم ، وتعظيمهم مكروه .

وأما رد السلام : فلا بأس به ، لأن الامتناع من ذلك يؤذيهم ، والإحسان في حقهم مندوب ، لكن ينبغي أن لا يزيد على قوله : « وعليكم » ، لأنه قيل إنهم يقولون : « السام عليكم » فيجابون بقوله « وعليكم » بطريق المجازاة .

وهل يكره منع هؤلاء من الدخول في المساجد - قال مالك : يمنعون عن دخول المسجد الحرام ، وعن كل مسجد .

وقال الشافعي : يمنعون عن دخول المسجد الحرام لا غير .

وعندنا : لا يمنعون عن دخول شيء من المساجد ، وذلك لأن المشركين كانوا يدخلون المسجد الحرام عند رسول الله ﷺ ، لعرض الإسلام عليهم ، ونحو ذلك .

ويكره للمرأة أن تصل شعرها المقطوع بشعرها ، وكذا بشعر غيرها ، لقوله عليه السلام : « لعن الله الواصلة والمستوصلة » .

ولا بأس بأن تصل شعرها بشعر البهيمة ، لأن ذلك من باب الزينة ، وهي غير ممنوعة عنها للزوج .

ويكره اللعب بالنرد ، والشطرنج . والأربعة عشر ، وكل لهو - لقوله

عليه السلام : « ما أنا من دَدٍ ولا الـدَّد مني » . وبعض أصحاب الحـديث أباحوا اللعب بالشطرنج ، لما فيه من تشحيذ الخاطر . ولكن الصحيـح هو الكراهة ، على ما روينا : « كل لعب حرام إلا ثلاثة » .

وهذا إذا لم يكن فيه قمار . فأما إذا كان فيـه قمار ، فهـو حرام محض لثبـوت حرمتـه بنص الكتاب ، وهـو قولـه تعالى : ﴿ إنمـا الخمـر والميسـر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾[1] .

ولو أن حاملاً ماتت وفي بطنها ولـد يضطرب : فـإن كان غـالب الظن أنه ولد حي ، وهو في مدة يعيش غالباً ، فإنه يشق بطنها ، لأن فيـه إحياء الآدمي ، بتـرك تعظيم الآدمي ، وتـرك التعظيم أهـون من مبـاشـرة سبب الموت .

ولو ابتلع إنسان درة رجل ، فمات ـ لم يشق بطنه ، لإخـراج الدرة ، لأن حرمة النفس فوق حرمـة المال . وإن كـان الذي ابتلع غنيـاً ، يضمن قيمة الدرة لصاحبها . وإن كان فقيراً ، فيكون له ثواب التصدق بها ـ والله تعالى أعلم .

---

(١) سورة المائدة الآية ٩٠ .

كتاب السَّبَق

قال :

لا بأس بالمسابقة في أربعة أشياء : في النصل ، والحافر ، والخف ، والقدم - لما روي عن النبيّ عليه السلام أنه قال : « كل لعب حرام إلا ثلاثة : ملاعبة الرجل أهله ، ورميه عن قوسه ، وتأديبه فرسه » .

وتفسير المسابقة في النصل - هو الرمي بالسهام ، والرماح ، وكل سلاح يمكن أن يرمى به . فكانت المسابقة بذلك من باب تعلم أسباب الجهاد ، فكان مرخصاً ، وإن كان في الأصل من اللعب .

وتفسير المسابقة بالحافر - هو عدو الفرس والحمار والبغل .

والمراد بالخف - هو الإبل والبقر ، لأنه قد يركب عليها ، في باب الجهاد ، بعض الناس .

والمراد بالمسابقة بالقدم - هو المشي بالقدم ، وهذا مما يحتاج إليه للكر وللفر في الجهاد . فكان من رياضة النفس . وأصله ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « سابقت النبيّ عليه السلام فسبقته ، فلما حملت اللحم سابقته ، فسبقني ، فقلت : هذه بتلك » .

ثم المسابقة على أربعة أوجه : فثلاثة أوجه منها حلال ، والرابع حرام .

أما أحد الأوجه الحلال - بأن كان السلطان أو أحد من الرؤساء اذا

قال لجماعة من الفرسان أو لاثنين : « من سبق منكم ، فله كذا » أو : « إن سبق فلا شيء عليه » - فمن سبق جعل له خطر .

وكذا إذا قال لجماعة من الرماة إلى الهدف : « من أصاب منكم الهدف ، فله كذا » لأن هذا تحريض لهم على فعل هو سبب الجهاد في الجملة .

والترجيح من الإمام في الغنيمة لبعض الغزاة ، تحريضاً لهم على الجهاد ، جائز ، بأن قال : « من قتل قتيلاً فله سلبه » ، « ومن دخل الحصن أولاً فله من النفل كذا » مع أن الغنيمة حق الغزاة في الجملة - فهذا يعطي من ماله ، فأحق بالجواز .

والثاني - أن يسابق رجلان أو يسابق جماعة ، في السهام أو في الفرس أو المشي بالقدم ، وقال لصاحبه : « إن سبقتني فلك كذا وإن سبقتك فلا شيء عليك » - فهذا مباح ، لأن الخطر فيه من أحد الجانبين .

والثالث - إن كان الخطر من الاثنين أو من الجماعة ، ومعهم محلل يأخذ خطرهم إن سبق ، ولا يغرم إن سبق - فهذا جائز .

والرابع - أن يكون الخطر من كل واحد : على أنه إن سبق فله الخطر ، وإن سُبق فيغرم لصاحبه مثله - فهذا لا يجوز ، لأن هذا من باب القمار ، وإنه حرام .

ثم إنما يجوز الرهان والمسابقة فيما يجوز أن يسبق أحدهما ، ويُسبق الآخر . فأما إذا كان في موضع يعلم من حيث الغالب أنه يسبق أحدهما ، فإن ذلك لا يجوز ، لأن هذا إيجاب المال للغير على نفسه ، بشرط لا منفعة له فيه ، وإنما جوزنا ذلك في الفصل الأول لأنه تحريض على مباشرة سبب الجهاد في الجملة .

كتاب
المفقود

قال :

يحتاج إلى :

تفسير المفقود ،

وإلى بيان أحكامه على الخصوص .

أما الأول

فالمفقود هو الذي غاب عن بلده ، بحيث لا يعرف أثره ، ومضى على ذلك زمان ، ولم يظهر أثره .

وأما حكمه

فنوعان : أحدهما في الحال ، والثاني في المآل .

أما حكم المآل :

إذا تطاول الزمان بعدما فقد من وقت ولادته بحيث لا يعيش مثله إلى ذلك الزمان بيقين ، أو من حيث الغالب - يحكم بموته . وتقع الفرقة بينه وبين نسائه . ويعتق أمهات أولاده ومدبروه . ويقسم ماله بين ورثته . ولا يرث هو من أحد .

ولم يقدر في ظاهر الرواية تقديراً في ذلك .

وروى ابن زياد[1] عن أبي حنيفة أنه قدر ذلك بمائة وعشرين سنة من وقت الولادة .

---

(١) والحسن بن زياد اللؤلؤي (نسبة الى بيع اللؤلؤ) من أصحاب أبي حنيفة . كان حافظاً للروايات=

وأما حكم الحال :

فهـو أن القاضي هـو الحافظ لمـاله ، والمتصـرف فيـه فيـما يـرجـع إلى الحفظ . فإن كان شيئاً مما يتسارع إليه الفسـاد ، فإنـه يبيعه ويحفظ ثمنـه . وكـذا إذا كان عـروضاً ، وحفظ الثمن أيسـر ـ فلا بـأس ببيعه . ولا يبيـع العقار أصلاً .

وإن كان له ودائع يترك في أيديهم ، لكونهم أمناء ، ما دام المفقـود في حكم الأحياء .

ثم إن لـه أن ينفق من مالـه على نسـائـه إن كـان يعلم ببقـاء النكـاح بينهما . وكذا على أولاده الصغار ، والذكور الكبار الزمنى ، والإناث .

وإن لم يكن لـه مال ، ولـه ودائع : فـإنه ينفق من ذلـك إذا كـان من جنس الطعام ، والثياب ، والدراهم ، والدنانير .

ولا يبيع العروض للنفقة على هؤلاء ، ولكن للأب أن يبيع العروض في نفقته ، لأن للأب ولاية التصرف في مال الابن في الجملة ، وإن لم يكن من باب الحفظ بخلاف القاضي .

وهذا إذا كان المودع مقراً بالوديعة وبالنكاح وبالنسب . فـأما إذا كـان منكراً ، فإنه لا يسمع عليه الخصومة في إثبات المال ، ولا في إثبات النكاح والنسب ، لأن هـذا قضـاء عـلى الغـائب من غـير أن يكـون عنـه خصم حاضر ، وإنه غير جائز عندنا .

ولو مات واحد من أقربـائه ، فـإنه لا يـرث ، حتى لا يأخـذ القاضي حصته من تركة الميت فيحفظ على المفقود ، ولكن يوقف حتى يظهر أمره ، لأنـه حي من حيث الظاهـر ، والظاهـر لا يصلح حجة لاستحقـاق أمـر لم يكن ، ولكن لما كانت الحياة ثابتة ظاهراً ، اعتبر في حق التوقف .

= عن أبي حنيفة . وولي القضاء ثم استعفي . وأخذ عنه محمد بن سماعة ومحمد بن شجاع الثلجي . وله كتاب « المجرد » و « الأمالي » . قيل : توفي سنة ٢٠٤ هـ .

كتاب
اللقيط واللقطة وجعل الآبق

قال :

يحتاج إلى :

تفسير اللقيط ، واللقطة ، والآبق ، والضالة ، وإلى بيان أحكامها على الخصوص .

أما الأول - فنقول :

أما اللقيط - فما يلتقط ويؤخذ مما طرح على الأرض من صغار بني آدم .

واللقطة - ما يلتقط مما يوجد مطروحاً على الأرض من الأموال من غير الحيوان .

والآبق - هو المملوك الذي فر من صاحبه قصداً .

والضالة - هي الدابة التي ندت[1] وضلت الطريق الى مربطها .

وأما الثاني - فنقول :

أما حكم اللقيط - فنقول :

إن اللقيط يساوي الصبي ، الذي ليس بلقيط ، في عامة الأحكام . وله أحكام على الخصوص :

---

(١) نَدّ البعير نفر وذهب على وجهه شارداً .

منها - أن التقاطه واجب على كل من وجده ، لأن في تركه ضياعه ، فيجب عليه صيانته .

ومنها - أنه إذا التقطه فإن شاء تبرع بتربيته والإنفاق عليه ، وإن شاء رفع الأمر إلى السلطان ، ليأمر بتربيته ، أحداً ، من مال بيت المال ، والإنفاق عليه ، لأن بيت المال معد لحوائج جميع المسلمين . وهذا اذا لم يكن له مال . فإن كان له مال ، بأن وجد الملتقط معه مالاً ، فيكون مال اللقيط - فنفقته من ذلك المال ، لأنه غير محتاج ، فلا يثبت حقه في بيت المال .

ولو أنفق عليه الملتقط ، ليرجع عليه بعد بلوغه : فإن كان بإذن القاضي ، له أن يرجع ، وإلا فيكون متبرعاً .

ومنها - أن الولاية عليه للسلطان في حق الحفظ ، وفي حق التزويج ، لقوله عليه السلام : « السلطان ولي من لا ولي له » ، وليس للملتقط ولاية التزويج .

وإذا زوجه السلطان ، فالمهر في بيت المال ، إلا إذا كان للقيط مال ، فيكون في ماله .

ومنها - الولاء : فيكون ولاؤه لبيت المال ، حتى إنه إذا جنى على إنسان ، خطأ ، فإن ذلك يكون في بيت المال ، لأن عاقلته جميع المسلمين ، فيكون عقله من مالهم ، وهو مال بيت المال . وكذلك ميراثه : لبيت المال إذا لم يظهر له وارث .

ومنها - حكم الحرية : فهو حر من حيث الظاهر ، لأن دار الإسلام دار حرية فيبنى على الظاهر .

ولو ادعى الملتقط أنه عبده : فإن لم يقر بأنه لقيط ، فالقول قوله ، لأن الصغير لا يد له ، فهو وسائر الأموال سواء ، فإذا كان في يده فهو

ملكه ظاهراً ، فيكون القول قوله .

فأما إذا أقر أنه لقيط ، فلا يصح دعواه ، لأنه ثبتت حريته ظاهراً .

ولو بلغ اللقيط وأقر أنه عبد فلان : إن لم يجز عليه حكم الأحرار ، من قبول شهادته وضرب قاذفه ونحو ذلك ، يصح إقراره . وإن أجرى عليه من أحكام الحرية شيء ، لا يصح .

ومنها - **حكم النسب** : إذا ادعى الملتقط ، أو غيره ، أنه ابنه ، والمدعي مسلم أو ذمي ، فالقياس أن لا يصح دعواه ، إلا بالبينة . وفي الاستحسان : يصح ، لأن في هذا نفع للصغير .

ولو ادعاه رجلان : أحدهما مسلم ، والآخر ذمي - فإنه يثبت نسبه من المسلم .

ولو ادعى المسلم أنه عبده ، والذمي أنه ابنه - فإنه يثبت نسبه من الذمي ، حتى يثبت له الحرية ، ويكون مسلماً ، لأن حكمه حكم دار الإسلام .

ولو كانا مسلمين وأحدهما عبد مأذون أو مكاتب : فالنسب يثبت من الحر .

ولو كانا حرين مسلمين : فإن لم يكن لهما بينة ولم يذكر أحدهما علامة ، أو ذكرا جميعاً العلامة ، أو أقاما جميعاً البينة - فهو بينهما .

وإن كان لأحدهما بينة ، أو ذكر العلامة ، ولم يكن للآخر ذلك - فالأول أولى ، لأنه ترجح جانبه بمرجح .

وإن ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها : فإن لم يكن لها زوج : لا يصح ، لأن في ذلك حمل النسب على الغير . وإن كان لها زوج ، فصدقها ، أو شهدت لها القابلة ، أو شاهدان : يثبت النسب بينهما .

ولو ادعت امرأتان : فإن لم يكن لهما بينة : لا تقبل . وإن أقاما البينة على أنه ابنها من فلان : فعن أبي حنيفة أنه يقبل منهما ، ومن الرجل . وعن محمد روايتان : في رواية أبي حفص : يجعل ابنهما ، وفي رواية أبي سليمان : لا يجعل ابنهما .

وأما حكم الإسلام ـ فقد اختلفت الرواية عن أصحابنا : ففي ظاهر الروايات : اعتبر المكان دون الواجد ـ فإن وجد في دار الإسلام : يكون مسلماً . وإن وجد في كنيسة اليهود ، أو في بيعة النصارى ، أو في قرية كلهم أهل الذمة : فهو تبع لهم .

وفي رواية : اعتبر الواجد ، كيفما كان ، دون المكان .

وفي رواية : اعتبر جانب الإسلام : إما الواجد ، أو المكان .

وأما حكم اللقطة على الخصوص :

فمنها ـ أن من ظفر على لقطة ، فالأخذ أولى . أما الترك : فقالوا : إن كان يأمن على نفسه أنه يُعرِّفها ويردها على صاحبها ، ولا محالة أو غالباً ، فالأخذ أولى ، لأنه ربما يأخذه فاسق لو تركه . وأما إذا كان لا يأمن على نفسه فالترك أولى ، لأن صيانة نفسه عن الوقوع في الفساد أولى ، مع احتمال أن يأخذه مصلح ، فيصل إلى صاحبه أيضاً .

وإذا أخذ وأراد أن يضعها مكانها ، وندم على الأخذ ، فوضعها ـ هل يضمن ؟ في ظاهر الرواية : لا يضمن ، وفي بعض الروايات : يضمن ـ وهو قول الشافعي .

ولو دفعها ، إلى غيره ، بغير إذن القاضي ـ فإنه يضمن ، لأنه يجب عليه حفظها ، بنفسه ، بالتزامه الحفظ ، بالالتقاط .

ولو هلكت في يده ـ فإن أشهد على اللقطة ، بأن قال للناس : « إني

وجدت لقطة فمن طلبها فدلـوه عليّ » : فـإنه لا يضمن . ولـو لم يشهد : فعند أبي حنيفة : يضمن ، وعنـدهما : لا يضمن إذا كـان أخذه ليـرده إلى صاحبه ويحلف على ذلك إن لم يصدقه صاحبه .

ثم الملتقط إذا أخذه ليرده إلى صاحبه ، وأشهد : ينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي : فان كانت اللقطة حيواناً ، فالقاضي يأمره حتى يؤاجـرها ، فتكون نفقتها ومؤونتها من الأجرة ، إن رأى المصلحة في ذلك . وإن لم ير المصلحـة في الإجارة : فـإن رأى أن يأمـره بأن ينفق عليهـا بمـال نفسـه ، ليرجع عـلى صاحبـه ، فعل ، وإن رأى أن يبيعهـا ويأمـره بإمسـاك ثمنها ـ فعل .

ويعرف ذلك سنة في جواب ظاهر الـرواية ، وفي روايـة الحسن : على قـدر حال اللقـطة : في النفيس سنة ، وفي الـدني الذي قيمتـه زائدة عـلى عشرة دراهم : لا ينقص من شهر على هذا الاعتبار .

فإذا مضى وقت التعريف ، ولم يظهر صاحبها : فـإن كان الـرجل موسراً : لا يحل له أن ينفق على نفسه ، ولكن يتصـدق بها عـلى الفقراء . وقال الشافعي : يحل . وإن كان معسراً : له أن يتصدق على نفسـه ؛ وإن شاء : يتصدق بها على الفقراء .

فإن ظهر صاحبها : فـإن شاء أمضى الصـدقة ولـه ثوابهـا ، وإن شاء أخذ من المتصدق عليه ، وإن شاء ضمن الملتقط .

وإن كان شيئاً يتسارع إليه الفساد ، فإنه يعرفها ، بقدر ما لا يفسد ، ثم يتصدق ، أو ينفق على نفسه على ما ذكرنا .

وإنما يدفع إلى من يدعي اللقـطة إذا أقام البينـة . فإن ذكـر علامـات

هي فيها : فإن شاء الملتقط صدقه ودفع إليه ، وإن شاء امتنع حتى يقيم البينة .

وكذا الجواب في **الدابة الضالة** ، من الغنم والإبل وغيرهما . فأما إذا لم تكن ضالة ، ولكنها نفرت في المراعي ، فإنه لا يأخذها ، لأن ذلك أمر مُعتاد ، إذا كان قريباً من البلدة أو القرية أو الخيام .

فأما اذا كان غالب ظنه أنها ضالة ، فإنه يأخذها .

وأما العبد إذا لم يكن ضالاً للطريق ، ولكنه آبق ، من صاحبه - فالجواب ما ذكرنا . ولكن ههنا متى رده إلى المالك : إن كان من مسيرة سفر ، يستحق الجعل على صاحبه : أربعين درهماً عندنا ، وعند الشافعي : لا يجب شيء .

وإن كان الرد في أقل من مدة السفر : يستحق الرضخ بقدره .

ولو كان الراد اثنين ، فيكون الجعل بينهما .

وهذا اذا كانت قيمته أكثر من أربعين درهماً .

فأما اذا كانت أربعين ، أو دون ذلك ، فإنه ينقص من الجعل درهماً عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا ينقص منه شيء .

ولو كان الراد من كان في عياله ، لا يستحق الجعل . فأما من لم يكن في عياله ، فإنه يستحق ، سواء كان أجنبياً أو ذا رحم محرم منه ، إلا الوالدين والمولودين : ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد .

كتاب
الخنثى

قال :

الخنثى من يكون له آلة الرجال وآلة النساء . والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى ، ولكنه يحتمل أن يكون ذكراً ، وآلة النساء في حقه نقصان ، بمنزلة موضع شجة لم تلتئم ، ويحتمل أن يكون أنثى ، وآلة الرجال في حقها زيادة ، بمنزلة الأصبع الزائدة .

والشرع جعل العلامة الفاصلة بينهما ، قبل البلوغ ، هو المبال ، على ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : « الخنثى يورث من حيث يبول » ـ فلما جعل الأمارة هذا في حق الإرث ، فكذا في حق الأحكام التي تختص بالخنثى : يجب أن يكون هو العلامة .

فإن كان يبول من مبال الرجال ، فهو ذكر . وإن كان يبول من مبال النساء ، فهو أنثى . وإن كان يبول منهما جميعاً ، فالحكم للأسبق منهما . وإذا استويا في السبق : قال أبو حنيفة : أتوقف فيه . وقالا : يعتبر الأكثر في ذلك ، ثم إذا استويا في الكثرة والقلة ، توقفا فيه أيضاً كما توقف أبو حنيفة . والتوقف في موضع عدم الدليل ، واجب ، وهو الخنثى المشكل .

وإنما يظهر الحال ، ويزول الإشكال ، بالبلوغ : بظهور الحيض ، والحبل ، ونهود الثديين ، ونبات اللحية ، والاحتلام ، ونحوها ـ فيجرى عليه أحكام الذكر أو الأنثى .

فأما في حال كونه مشكلاً فله أحكام مخصوصة ـ منها :

الختان ـ ينبغي أن يشتري له جارية ، ختانة ، من ماله إن كان له مال ، ومن مال الأبوين إن كان ، والا فالقاضي يشتري له من مال بيت المال جارية ختانة فتختنه : فإن كان ذكراً فهي جاريته ، وإن كان أنثى ، فالأنثى قد تختن الأنثى عند الحاجة إليه .

ولا يلبس الحرير احتياطاً .

وموقفه في الصلاة خلف صف الذكور ، قبل صف النساء .

وكذا في ترتيب الجنائز عند الاجتماع : تقدم جنازته على جنازة الإناث .

وتغسله زوجته إن كانت ، وإلا فلا يغسل ، ولكن ييمم : إن كان له ذو رحم محرم ييممه بلا خرقة ،وإن كان أجنبياً فمع الخرقة .

وأما حكم الميراث ـ فعند أصحابنا : يكون له أقل الأنصباء ، وهو نصيب الأنثى إن كان أقل . وإن كان أكثر في بعض الأحوال : يكون له نصيب الذكور .

وعلى قول الشعبي : يكون له نصف ميراث الرجال ، ونصف ميراث النساء .

بيانه :

ـ إذا ترك ابناً معروفاً وخنثى : للابن الثلثان ، وللخنثى الثلث ، لأنه أقل .

ـ وإذا ترك خنثى وعصبة : فللخنثى النصف ، وهو ميراث البنت ، والباقي للعصبة .

ـ ولو ترك أختاً لأب وأم ، وخنثى لأب ، وعصبة ـ يجعل أنثى ، أنه ترك : أختاً لأب وأم ، وأختاً لأب ، وعصبة : فللأخت للأب والأم

النصف ، وللخنثى السدس ، والباقي للعصبة .

ـ وإن تـركت زوجـاً ، وأختـاً لأب وأم ، وخـنثى لأب : فللزوج النصف ، وللأخت لأب وأم النصف ، ولا شيء للخنثى ، ويجعل ذكراً ، لأن هذا أسوأ حالة ، لأنا لو جعلناه أنثى يكون نصيبه السدس ، وتعـول المسألة ، ولو جعلناه ذكراً لا يرث شيئاً ـ كما إذا تركت زوجاً ، وأختـاً لأب وأم ، وأخاً لأب على هذا القياس .

وبيان قول الشعبي ، وتفسير قول أبي يوسف ، وتخريجه له ، وتخـريج محمد ، على وجه آخر ، يذكر في الفرائض إن شاء الله تعـالىٰ ـ ونشير إليـه ههنا :

إذا ترك ابناً وخنثى : فعلى تخريج أبي يوسف : يجعـل المال بينهـما على سبعة أسهم : للابن المعروف أربعة ، وله ثلاثة .

وعلى تخريج محمد : الميراث بينهما على اثني عشر سهماً ، بطريق تنزيل الأحوال ، فيكون للابن المعروف سبعة ، وللخنثى خمسة ـ والله تعالى أعلم بالصواب .

كتاب الشهادات

يحتاج إلى ثلاثة فصول :

إلى بيان تحمل الشهادة ،

وإلى بيان حضور الشهود عند النكاح ،

وإلى بيان جواز أداء الشهادة عند القاضي .

أما الأول ـ فنقول :

تحمُّل الشهادة إنما يجوز عند المعاينة ، أو عن سماع الإقرار وإنشاء القول ، من النكاح ، والطلاق ، والبيع ، ونحوها ، من الخصم .

فأما التسامع من الناس فلا عبرة به ، إلا في مواضع مخصوصة : في النكاح ، والنسب ، والموت ، وفي الولاء اختلاف : عند أبي حنيفة ومحمد : لا يقبل ، وعند أبي يوسف : يقبل .

وإنما يصح التحمل ممن له عقل وتمييز ، ليفهم كلام الخصمين ، أو يعلم ما يفعله ، سواء كان حراً أو عبداً ، أو فاسقاً أو كافراً ، أو صغيراً عاقلاً أو بالغاً ، حتى إذا زالت هذه المعاني وحدثت ضدها تقبل شهادته .

وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ، أو المرأة لزوجها ـ تقبل بعد العتق ، والبينونة . لكن لو شهد لمولاه وردت شهادته ، أو شهدت المرأة لزوجها وردت ، ثم شهدا بعد العتق والبينونة ، في تلك الحادثة : لا تقبل ـ بخلاف الكافر إذا شهد على مسلم في حادثة ، فردت شهادته ، ثم

أعاد تلك الشهادة بعد الإسلام : تقبل ـ والفرق مذكور في الخلافيات .

وأما حضور الشهود عند عقد النكاح

فقد بيّنا ذلك في كتاب النكاح ، فلا نعيده .

وأما جواز الشهادة عند القاضي ـ فنقول :

شهادة رجلين عدلين مقبولة في جميع الأحكام ، في أسباب العقوبات ، وغيرها ، إلا في الزنا : فإنه لا تقبل إلا شهادة أربعة رجال عدول .

وشهادة رجل وامرأتين مقبولة ، في جميع الأحكام ، عندنا ، إلا في الحدود والقصاص . وعند الشافعي : لا تقبل إلا في الأموال وتوابعها .

وكذا حكم الشهادة على الشهادة : مثل حكم شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

وتجوز شهادة الأقارب ، مثل شهادة الأجانب ، إلا شهادة الوالدين والمولودين ، وشهادة أحد الزوجين لصاحبه . وعند الشافعي تقبل شهادة الأزواج .

ولا تجوز شهادة المحدود في القذف إذا تاب ـ عندنا ـ خلافاً للشافعي .

ولا تجوز شهادة الأعمى ، وإن كان بصيراً عند التحمل ، عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : تقبل إذا كان بصيراً عند التحمل .

ولا تجوز شهادة العبد ، والأخرس . والصبي العاقل ، والمعتوه ، ولا شهادة الأجير له في تجارته التي استأجره فيها ، ولا شهادة أحد الشريكين في مال الشركة والتصرف فيها ، وتقبل فيما سوى ذلك .

وأما شهادة الفاسق ـ فإن تحرى القاضي الصدق في شهادته : تقبل ، وإلا فلا . وعند الشافعي : لا تقبل أصلاً . ولا تقبل في العقوبات .

ولو طعن المشهود عليه في الشاهد : أنه رقيق أو فاسق ـ لم تمض الشهادة ، ما لم يقم البينة على الحرية إن كان مجهول النسب .

وكذا ما لم يَسَلْ عن عدالتهم ، في السر والعلانية .

ولا يجوز القضاء بظاهر العدالة ، بالاتفاق . وقبل الطعن : يجوز عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما .

ولو اختلف الشاهدان في الوقت ، والمكان ، والعبارة ، مع استواء العبارتين في المعنى : فإن كان ذلك في الإقرار : تقبل شهادتهما ، ولا يوجب اختلاف الشهادة . وإن كان في الفعل ، من الغصب ، والقتل ، والقطع ، وإنشاء البيع ، والطلاق ، ونحوها : فإنه يوجب اختلاف الشهادة ، فما لم يوجد على كل واحد شاهدان : لا يقبل .

وإذا اختلف الشاهدان في جنس المشهود به : لا يقبل .

ولو اختلفا في المقدار ، وأحدهما يدخل في الآخر : والمدعي يدعي الأكثر ، كما إذا شهد أحدهما على ألف والآخر على ألفين : لا تقبل عند أبي حنيفة ، وعندهما : تقبل على الأقل .

وكذا إذا شهد أحدهما على طلقة ، والآخر على طلقتين أو ثلاث ـ لا يقبل عند أبي حنيفة ، وعندهما : يقبل على الأقل .

وأجمعوا أنه إذا شهد أحدهما على ألف ، والآخر على ألف وخمسمائة ، والمدعي يدعي الأكثر : يقبل على ألف ، وقد ذكرنا في الطلاق . وأكثر مسائل الشهادة ذكرنا في الكتب السابقة ، فلا نعيدها .

كتاب
الرجوع عن الشهادات

الرجوع عن الشهادة لا يصح بعد قضاء القاضي ، ويصح قبله ، لأنه إخبار يحتمل الغلط . وإنما يصير حجةً ، ضرورة صحة القضاء ، فما لم يتصل به قضاء القاضي ، يصح الرجوع . ولا يلزم الشهود بذلك شيء ، لأنه لم يثبت به الحكم .

وبعد الحكم لا يصح الرجوع في حق الخصم ، ولكن يصير متلفاً في حق المشهود عليه ، فيلزمه ضمانه ، إلا إذا حصل العوض ، للمشهود عليه : فبذلك لا يضمن ، لأنه يكون إتلافاً بعوض ، فلا يكون إتلافاً معنى . والعبرة في الرجوع بقاء من بقي من الشهود ، لا رجوع من رجع ، ويبقى الحق بقدر بقاء الشهود ، ويتلف بقدر ما رجع .

إذا ثبت هذا الأصل ، تخرج عليه المسائل .

- إذا شهد شاهدان على رجل بمال ، وقضى القاضي بذلك ، وسلم المال إلى المدعي ، ثم رجع أحدهما : غرم نصف المال ، لأنه بقي النصف ببقاء شاهد واحد . ولو رجعا جميعاً : غرما المال ، بينهما ، نصفين .

- ولو كانوا أربعة ، فرجع اثنان أو واحد منهم : فلا شيء عليه ، لبقاء المال ببقاء الشاهدين . ولو رجع ثلاثة : يلزمهم نصف المال لبقاء النصف ، ببقاء شاهد واحد .

- ولو شهد رجل وامرأتان ، على مال ، فرجعت امرأة : غرمت ربع

المال . ولو رجعتا غرمتا نصف المال ، لبقاء النصف ببقاء رجل ، لأن المرأتين بمنزلة رجل واحد .

ـ ولو شهد رجل واحد وعشر نسوة ، على رجل ، بمال ، ثم رجعوا جميعاً بعد الحكم : فقال أبو حنيفة : على الرجل سدس المال ، وعلى النساء خمسة أسداسه ، لأن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد . وعند أبي يوسف ومحمد : على الرجل النصف ، وعلى النساء النصف ، لأن النساء ، وإن كثرن ، لهن شطر الشهادة .

ـ ولو شهدا على رجل : أنه باع عبده من فلان بألف ، وقبض الثمن ، ثم رجعا : لم يضمنا ، لأن هذا إتلاف بعوض .

ـ وكذا لو شهدا على رجل : أنه تزوج امرأة بألف درهم ، وهو مهر مثلها ، وقضى القاضي بالنكاح ، ثم رجعا : لم يضمنا ، لأنهما أثبتا له البضع بمقابلة المال .

ـ ولو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ، وقد دخل بها ، وقضى القاضي ، ثم رجعا : لم يضمنا ، إلا ما زاد على مهر المثل ، لأنه ، بقدر مهر المثل ، إتلاف بعوض ، وهو استيفاء منافع البضع .

ولو كان قبل الدخول : فإن كان المهر مسمى ، ضمنا النصف ، وإن لم يكن المهر مسمى يضمنان المتعة ، لأن ذلك تلف بشهادتها ، ولم يحصل له بمقابلته عوض .

ـ وكذلك لو شهدا على رجل ، بإجارة داره سنة ، ثم رجعا بعد استيفاء السكنى : فإنهما يغرمان للمستأجر ما زاد على أجر المثل ، لأنه ؛ بقدر أجر المثل ، حصل العوض ، والباقي بغير عوض ، فيكون إتلافاً .

ـ كذا لو شهدا على رجل : أنه أعتق عبده بألف درهم وسلم إليه أولاً ، ثم رجعا : لم يضمنا ، لأن هذا إتلاف بعوض .

- ولو شهدا أنه أعتق بغير مال ، ثم رجعا : يضمنان ، للإتلاف بغير عوض .

- ولو شهدا على أنه قال لعبده : « إن دخلت هذه الدار فأنت حر » ، وقد دخل ، وقضى القاضي بالعتق ، ثم رجعا : ضمنا ، لأن هذه شهادة على الإعتاق ، وهو إتلاف بغير عوض ، فيضمنان .

- ولو شهدا أنه حلف بعتق عبده بدخول الدار ، وشهد آخران على الدخول ، وقضى القاضي بالعتق ، ثم رجعوا : فإن الضمان يجب على شهود اليمين ، لا على شهود الدخول ، لأن الدخول شرط ، وكلام اليمين صار إعتاقاً ، والتلف يضاف إلى العلة ، دون الشرط ، ويكون ، المتلف هو شاهد اليمين .

- ولو شهدا على رجل بسرقة عشرة دراهم ، وقضى القاضي ، عند خصومة المالك ، وقطعت يده ، ثم رجعا : يغرمان دية اليد .

- وكذلك لو شهدا على رجل بقتل الخطأ ، أو بجراحه خطأ ، ثم رجعا .

- ولو شهدا على القتل العمد ، وقضى القاضي ، واقتص ، ثم رجعا : لا يجب القصاص على الشهود عندنا . وعند الشافعي : يجب ، ولكن عندنا يجب المال ، لأنه لا يمكن إيجاب القصاص بالتسبيب ، ويمكن إيجاب المال ، كما في حفر البئر .

- ولو شهد أربعة ، على رجل ، بالزنا ، وشهد آخران على الإحصان ، ثم رجعوا بعد إقامة الرجم : لا يجب على شهود الإحصان شيء ، وتجب الدية على شهود الزنا ، لأن الزنا علة ، والإحصان شرط .

ولو رجع أحد الشهود ، بالزنا ، بعد الرجم : فإنه يحد حدَّ القذف ،

لأن شهادته صارت قذفاً ، بإقراره ، ويغرم ربع الدية ، لبقاء ثـلاثة أربـاع بثلاثة شهود . وإن رجع آخر فكذلك .

ولو أنه إذا رجع واحد منهم ، بعد القضاء ، قبل إقامة الحد عليهم : يحدون جميعاً ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمـد : يحد الـراجع ، وحده ، استحساناً .

وأجمعوا أنه إذا رجع واحد قبل القضاء بالرجم : فإنهم يحدون جميعاً - وهي من مسائل الخلافيات .

كتاب
أدب القاضي

القضاء فريضة محكمة ، يجب على من وجد في حقه شرائط القضاء ، من الولاية على المقضي عليه ، بتسليم المقضي به ، إلى المقضي له ، وهو السلطان ، أو من يقوم مقامه - لأن هذا من باب إنصاف المظلوم من الظالم ، وهذا مفوض إلى الخلفاء والسلاطين ، غير أنهم إذا عجزوا بأنفسهم ، إما لعدم العلم أو لاشتغالهم بأمور أُخر ، يجب عليهم أن يقلدوه من كان يصلح له ، ممن هو من أفقه الناس ، بحضرتهم ، وأورعهم .

فإن وجدوا اثنين : أحدهما أفقه ، والآخر أورع ، فالأورع أولى ، لأنه يمكنه أن يقضي بعلم غيره ، ولا بد من الورع ، حتى لا يتجاوز حدّ الشرع ، ولا يصور الباطل بصورة الحق ، طمعاً في الرشوة .

ويجب على من استجمع فيه شرائط القضاء ، أن يقبله إذا قلدوه ، حتى لو امتنع يأثم ، إلا إذا كان في العلماء ، بحضرتهم ، ممن يصلح له كثرة ، فلا بأس بأن يعتذر بعذر ، فيدفع عن نفسه إلى غيره ، لأنه ليس بمتعين لذلك ، والذي تعين لا يحل له الامتناع إذا قلد ، ولكن لا ينبغي أن يطلب لأنه ربما لا يقلد ، فيذهب ماؤه وحرمة علمه .

ثم القضاء له واجبات وآداب :

فأما الواجبات :

فمنها - أنه يجب على القاضي أن يقضي ، في كل حادثة ، بما يثبت عنده أنه حكم الله تعالىٰ ، إما بدليل قطعي نحو نص الكتاب مفسراً لا شبهة في معناه ، أو السنة المتواترة أو المشهورة ، أو الإجماع - وإما بدليل ظاهر موجب للعمل ، كظاهر النص ، من الكتاب ، والسنّة ، والقياس ، وذلك في موضع لا إجماع فيه بين الفقهاء .

وإن كان مختلفاً فيه ، أو لم تكن واقعة ، أو كانت واقعة ، ولا رواية في جوابها عن السلف ، يجب عليه أن يعمل برأي نفسه إن كان من أهل الاجتهاد ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ، يختار قول من هو أفقههم وأورعهم .

ولو كان القاضي من أهل الاجتهاد ، لكن لم ينظر في دليل المسألة ، واعتمد على اجتهاد من هو أفقه منه - هل يجوز له القضاء به ؟ على قول أبي حنيفة : جاز ، وعلى قولهما : لا يجوز ، إلا وأن يعمل باجتهاد نفسه - ذكر الاختلاف في كتاب الحدود .

ومما يجب عليه أيضاً - أن يقضي بما ثبت عنده بالبينة أو الإقرار ، أو يكون المدعى به مما يدخل فيه النكول ، لأن الشرع جعل هذه الجملة حجة في حقه ، ولكن لا بد من أن يثبت عدالة الشهود عنده ، بالسؤال عنهم ، ممن له علم بأحوالهم في السر والعلانية ، فعدلوه وقالوا : هو جائز الشهادة .

وأما القضاء بعلم نفسه ، بالمعاينة أو بسماع الإقرار أو بمشاهدة الأحوال : فإن قضى بعلم حادث له في زمان القضاء ، وفي مكانه ، في الأملاك المرسلة ، والحقوق ، من الطلاق والعتاق ونحوهما ، وفي

القصاص وفي حد القذف ـ جاز . وإن كان في سائر الحدود : لا يجوز ـ وهذا عندنا .

وعن الشافعي قولان : في قول : لا يجوز في الكل ، وفي قول : يجوز في الكل .

وأما إذا قضى بعلم كان قبل أن يقلد القضاء ، أو بعلم بعد التقليد لكن قبل أن يصل إلى البلد الذي ولي قضاءه : فقد أجمع أصحابنا أنه لا يجوز في الحدود غير حد القذف . فأما في سائر الأحكام وفي حد القذف والقصاص : فقد اختلفوا : قال أبو حنيفة : لا يجوز . وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يجوز ـ وفروع هذا الفصل ودلائله تعرف في المبسوط إن شاء الله تعالىٰ .

ولا يجوز للقاضي أن يقضي لنفسه ، ولا لأبويه وإن علوا ، ولا لزوجته ، ولا لأولاده ، وإن سفلوا ، ولا لكل من لا تجوز شهادته لهم .

وهل يقضي بكتاب قاض ورد إليه من قضاة البلدان ؟ ليس له أن يقضي في الحدود والقصاص ، وأما في الديون والعروض والعقار ـ فقد جاز القضاء به .

ولا يجوز في الحدود والقصاص القضاء بالشهادة على الشهادة . وفي الغلام والجارية : عند أبي حنيفة ومحمد : لا يكتب إلى القضاة ، ولا يقبل . وعن أبي يوسف : يقبل ، وهو قول ابن أبي ليلى ـ وعمل القضاة على هذا ، لأجل الضرورة العامة .

ثم فيما يقبل فيها الكتاب ـ إذا ورد الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه ، ينبغي إن لا يفك الكتاب ، ولا يقرأه إلا بحضرة الخصم ، كي لا يتهم في ذلك .

وأما آداب القضاة

فللقـاضي أن يجلس مع نفسـه قومـاً من الفقهـاء ، ليشـاور معهم إذا احتاج إليه . فإن اتفقوا عليه ، والحادثة معروفـة في السلف ، يقضي به . وإن اختلفوا فعلى ما ذكرنا .

فإن بدا له أن يرجع فيما اعتمد على قول بعضهم ، ورأى الصواب في قول الآخر ـ فله ذلك ، لأن له أن يقضي في المجتهد فيه ، بما لاح له من دليل الاجتهاد إن كان مجتهداً .

فأما بعد الحكم ـ فليس له أن يبطل ذلك القضاء ، لأنه صار بالقضاء كالمتفق عليه ، ولكن يعمل في المستقبل بخلافه إذا رأى ذلك صواباً .

وينبغي أن يعـدل بين الخصمـين في مجلسهما منـه : لا يقرب أحـدهما دون الآخـر ، وإن كان لـه شرف العلم والنسب . وإن كـان يريـد تعظيم ذلك في المجلس ، ينبغي أن يجلس خصمه معه ، أينما أجلس الأول .

وكذلك يعدل بينهما في النـظر والمنطق . ولا يشـير إلى أحد الخصمـين دون الآخر .

وكذلك لا يخلو بأحدهما ، دفعاً للتهمة .

ولا يرفع صـوته عـلى أحدهمـا ما لم يـرفع عـلى الآخر ، عنـد الشغب والمنازعة . فأما اذا وجد من أحدهما ، فانه يرفع صوته عليه تأديباً له .

ولا ينبغي أن يلقن أحـد الخصمـين حجتـه . ولا بـأس بـأن يلقن الشاهد ، إذا كان يستحي ويهاب مجلس القاضي ، بشيء هو حق .

وإذا تكلم أحدهما أسكت الآخر ، حتى يسمع كـلامه ، ويفهم ، ثم يستنطق الآخر ، حتى يكون أقرب إلى الفهم .

ولا ينبغي أن يجلس للقضـاء وبـه مـا يشغله عنـه ، نحـو الهم ،

والغضب ، والنعاس ، وغيرها ، على ما قال عليه السلام : « لا يقضي القاضي وهو غضبان » .

وينبغي أن يقدم الرجال على حدة ، والنساء على حدة ، الأول فالأول . ولا يخلط النساء بالرجال ، لأنه سبب للفتنة .

وينبغي أن يتخذ كاتباً من أهل العفاف والصلاح ، وهو فقيه عالم بصنعة الكتابة ، ثم يقعده حيث يرى ما يكتب وما يصنع . وفي عادة السلف أن القاضي هو الذي يكتب خصومة كلا الخصمين ،على كاغذ[1] السؤال والجواب ، ثم يكتب شهادة الشهود على حسب ما شهدوا بعد كتابة جواب الخصم ، ثم يطوي الكتاب ، ثم يختمه ، ثم يكتب على ظهره « خصومة فلان وفلان ، في شهر كذا ، في سنة كذا » ـ ويضعه في قمطرة على حدة . وفي زماننا : العادة أن الكاتب هو الذي يكتب كتاب الدعوى ، ويترك موضع التاريخ ، ولا يكتب جواب الخصم ، ويكتب أسماء الشهود بعد ذلك ، ويترك فيما بين الخطين فرجة ، فإذا رفع الدعوى عند القاضي ، فيكتب التاريخ بنفسه ، ويكتب جواب الخصم على الوجه الذي تقرر . وإذا شهد الشهود في المجلس على ما يدعيه المدعي يكتب شهادة كل واحد تحت اسمه على الوجه الذي تقرر ويختم الكتاب ، ثم يكتب بنفسه في ذلك اليوم أسماء الشهود ، أو يأمر الكاتب حتى يكتبه بين يديه ، ويختم ، ويبعث بذلك على يد رجل من أهل الثقة ، في السر ، إلى أهل الثقة والصلاح عنده ، حتى يعدلوا الشهود . فإذا اتفق اثنان أو أكثر على تزكية رجل ، قبل قوله ، وعمل به .

وإن اجتمع جماعة على أنه ثقة ، واثنان على جرحه ـ يأخذ بالجرح .

والعدد شرط عندهما في المزكين . وأما عند أبي حنيفة : فالواحد كاف .

---

(١) الكاغذ والكاغد سواء وهو القرطاس وهو معرب .

وكذا الخلاف في الذي يبعث المستورة : يشترط فيه العدد عندهما ، خلافاً له .

ثم يسأل عن التزكية علانية بعدما يسأل في السر ، حتى لا يقع فيه ريبة على القاضي ، فيتهم بذلك .

ولا ينبغي للقاضي أن يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم منه ، أو من صديق ، قديم الصحبة ، قد كان بينهما التهادي قبل زمان القضاء ، فأما من غير هذين : فلا يقبل الهدية ، ويكون ذلك في معنى الرشوة .

وأما الدعوة ـ فإن كانت دعوة عامة ، مثل دعوة العرس ، والختان : فلا بأس بذلك . فأما الدعوة الخاصة : فإن كانت من ذي الرحم المحرم ، أو الصديق القديم الذي كان يضيفه قبل القضاء : فلا بأس بالإجابة . وفي غيرهما : لا ينبغي أن يحضر ، لأن ذلك يوجب تهمة فيه .

ولا بأس للقاضي أن يبعث الخصمين إلى المصالحة إن طمع منهما المصالحة . وإن لم يطمع ولم يرضيا بذلك فلا يردهما إلى الصلح ، ويتركهما على الخصومة ، وينفذ القضاء في حق من قامت الحجة له . والله تعالىٰ أعلم .

كتاب
الوقف والصدقة

في الكتاب فصلان : فصل في الوقف ، وفصل في الصدقة .

أما الأول :

فقد أجمع العلماء أن من وقف أرضه أو داره ، مسجداً ، بأن قال : «جعلت هذه الأرض مسجداً يصلي فيه الناس » ـ أنه جائز ، لأن هذا إبطال ملكه عنه ، وجعله لله تعالىٰ خالصاً ، كمن أعتق عبده .

لكن التسليم شرط عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف : ليس بشرط .

وتسليمه عندهما أن يأذن للناس بصلاة الجماعة فيه ، فيصلي فيه جماعة من الناس بجماعة : فإنه يصير مسلماً إلى الناس ـ كذا ذكر هلال الرأي[1] في كتاب « الوقف » الذي صنفه .

وقال بعض المشايخ : إذا جعل له متولياً قيماً يتصرف في مصالحه ، ويأذن له بقبضه ، بطريق النيابة عن الناس . ويأمرهم بالصلاة فيه ـ فيكون التسليم صحيحاً ، ولا يمكنه الرجوع بعد ذلك عندهما .

---

(١) وسيأتي أن هذا غلط . وهو هلال ابن يحيى بن مسلم الرأي البصري ، ويقع في بعض الكتب « الرازي » . وقد قال صاحب الجواهر ان هذا غلط . وقد قيل له « الرأي » لسعة علمه وكثرة فقهه كما قيل : « ربيعة الرأي » ـ أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر . وله مصنف في « الشروط » وله « أحكام الوقف » تداوله العلماء . وقد مات سنة ٣٤٥ هـ .

وأما إذا جعل أرضه أو داره وقفاً على الفقراء ، أو على وجوه الخير ـ فعند أبي حنيفة : إن جعله وقفاً في حال حياته ، ولم يقل وصية بعد وفاته ، فإنه يكون هذا الوقف صحيحاً ، في حق التصدق بالغلة وبالسكنى في الدار إلى وقت وفاته ، ويكون نذراً بالتصدق بذلك ، وتكون رقبة الأرض على ملكه : يجوز له بيعه والتصرفات فيه . وإذا مات يصير ميراثاً للورثة ـ وهذا معنى قول بعض المشايخ : إن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة : أن الوقف لا حكم له عنده ، بل يكون نذراً بالتصدق بغلته ومنافعه .

وأما إذا وقف في حال حياته ، وأوصى بذلك بعد وفاته ـ فإنه يجوز بلا خلاف ، لكن ينظر : إن خرج من الثلث : يجوز في الكل ، وإن لم يخرج من الثلث : يجوز الوقف فيه بقدر الثلث ، ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال آخر ، أو يجيزه الورثة . فإن لم يظهر له مال ، ولم يجز الورثة ، تقسم الغلة بينهم أثلاثاً : الثلث للوقف والثلثان بين الورثة على قدر أنصبائهم . وإن أجازه الورثة يصير جائزاً ، ويتأبد الوقف بحيث لا يبطل بعد ذلك .

ولو رفع الأمر إلى القاضي ، فأمضى القاضي الوقف ، بناء على دعوى صحيحة ، وشهادة قائمة على ذلك ، وأنكر الواقف ذلك ـ صح .

ولو شهد الشهود على الوقف ، من غير دعوى ـ قالوا : إن القاضي يقبل ، لأن الوقف حكمه التصدق بالغلة ، وهو حق الله تعالى ، وفي حقوق الله تعالى لا يشترط الدعوى .

وهذا إذا كان من رأي القاضي أن الوقف صحيح ، لازم ، لا يجوز نقضه بحال ، كما قال أبو يوسف ومحمد ، حتى يكون قضاء في فصل مجتهد فيه ، فينفذ قضاؤه ، ولا يمكن نقضه بعد ذلك ، ولا يجوز بيعه ، ولا يورث بالاتفاق ، لأن قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه على أحد

الوجهين برأيه ، وهو من أهل الاجتهاد ، ينفذ ، بالإجماع .

هذا الذي ذكرنا على مذهب أبي حنيفة . أما عند أبي يوسف ومحمد والشافعي وعامة الفقهاء : فإن الوقف صحيح ، في حق الرقبة ، ويزول عن ملكه ، كما في المسجد .

لكن اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما :

قال محمد : إنما يجوز بأربع شرائط :

أحدها ـ أن يخرجه من يده ، ويسلمه إلى المتولي ، حتى يتصرف فيه ، فيصرف أولاً إلى مصالح الوقف ، ويصرف الباقي إلى المستحقين .

والثاني ـ أن يكون في المفروز دون المشاع .

والثالث ـ أن لا يشترط لنفسه شيئاً من منافع الوقف .

والرابع ـ أن يكون مؤبداً ، بأن يجعل آخره إلى فقراء المسلمين .

وعلى قول أبي يوسف : لا يشترط شيء من هذه الأشياء .

وهذا الذي ذكرنا إذا وقف في حالة الصحة .

فأما إذا وقف في حالة المرض : فإن وقف وأوصى بها بعد وفاته : فهذا وحالة الصحة مع الوصية سواء : يعتبر خروجه من الثلث ، ولا يكون ميراثاً للورثة . وإن لم يجعله وصية بعد وفاته : ففي جواب ظاهر الرواية : هذا والوقف في حالة الصحة سواء .

وذكر الطحاوي : هو بمنزلة الوقف بعد وفاته .

والتوفيق بين الروايتين أن مراد محمد : أن وقف المريض نافذ للحال ، غير مضاف إلى ما بعد الموت ، كالوصية : فإن المريض إذا أعتق في حالة المرض ينفذ عتقه ، وإن كان لا يخرج من الثلث عندهما ، ويسعى وهو حر . وعند أبي حنيفة : ينفذ بقدر الثلث دون الثلثين ، ويسعى ،

وهو رقيق ، فيعتق الباقي . ومراد الطحاوي أنه لا يصح من جميع المال بل من الثلث ، بمنزلة الوصية . وبمنزلة الوقف والوصية بعد الموت - هذا هو الصحيح .

هذا الذي ذكرنا في العقار .

فأما في المنقول - هل يجوز وقفه ؟

إن كان تبعاً للعقار كالثيران ، وآلات الحراثة ، والعبيد - فإنه يجوز ، ويجعل وقفاً ، ويكون ملكاً لعامة الفقراء كعبيد الخمس في الغنائم .

وأما اذا كان مقصوداً - فإن كان مما يجري فيه التعامل ، وهو معتاد فيما بين الناس : يجوز عندهما ، خلافاً لأبي حنيفة - وذلك نحو الكُراع ، والسلاح في سبيل الله ، ولا نحو المَر والقدوم لحفر القبور ، وكثياب الجنازة ونحوها .

وأما وقف الكتب - فقد اختلف المشايخ فيه ، على قولهما . وعن نصير بن يحيى[1] أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة .

ولو جعل أرضه أو داره رباطاً ، أو مقبرة ، أو سقاية - فعند أبي حنيفة : لا يجوز . وعندهما : يجوز - غير أن محمداً يشترط الشرائط التي ذكرنا ، والتسليم عنده هو أن ينزل في الرباط بعض المارة ، وأن يدفن فيها الموتى ، وأن يسقى منها الناس ، وسقي الواحد كاف ، أو يسلم إلى المتولي ويأمره أن يأذن للمارة بالنزول فيها ، والدفن في المقبرة ، والشرب من السقاية ، بعدما صب الماء فيها .

ولو وقف أرضاً على عمارة المساجد ومرمة الرباط ، والمقابر : جاز عندهما .

---

(١) نصير بن يحيى البلخي : أخذ الفقه عن أبي سليمان الجوزجاني عن محمد . مات سنة ٢٦٨ هـ .

فأما الوقف على مسجد بعينه هل يجوز ؟ اختلف المشايخ فيه :

قال بعضهم : على الخلاف : على قول محمد : لا يجوز ، لأن هذا لا يتأبد عنده ، فإن المسجد إذا خرب واستغنى الناس عن الصلاة فيه ، يعود ملكاً لصاحبه إن كان حياً ، ويصير ميراثاً لورثة الواقف بعد وفاته . وعلى قول أبي يوسف : يجوز ، لأن عنده لا يصير ميراثاً بالخراب ، فإنه يبقى مسجداً أبداً .

وقال أبو بكر الأعمش : ينبغي أن يجوز ، بالاتفاق .

وقال أبو بكر الإسكاف : ينبغي أن لا يجوز ، بالاتفاق .

وأما حكم الصدقة

اذا قال : « داري هذه صدقة في المساكين » - فإنه يجب عليه أن يتصدق : إن شاء بعين الدار ، وإن شاء باعها ، وتصدق بثمنها على الفقراء ، لأن الصدقة عند الإطلاق تقع على تمليك الرقبة ، دون التصدق بالسكنى والغلة - بخلاف ما إذا قال : « داري هذه صدقة موقوفة على المساكين » - أنه ينصرف عند أبي حنيفة إلى التصدق بالغلة لوجود التعارف .

ولو قال : « جميع ما أملك فهو صدقة » - فإنه ينصرف إلى أموال الزكاة ، من السوائم ، وأموال التجارة ، والصامت[1] ، دون العقار والرقيق ، وعليه أن يتصدق بالكل ، ويمسك نفقة نفسه وعياله .

ثم إذا ملك مالاً ، يتصدق بمثل ما أنفق من المال الذي نذر بالتصدق به .

---

(١) الصامت من المال الذهب والفضة .

ولو قال : « مالي صدقة في المساكـين » ، فإنـه لا يدخـل فيه السـوائم والعقار والرقيق ، ويدخل أموال التجارة والصـامت ـ وقد ذكـرنا فيـما سبق نظائره ، وبينا الفرق ، فلا نعيده . والله تعالى أعلم .

انتهى بحمد الله تعالىٰ

فهرست الموضوعات

كتاب الشركة

نوعاها ٥
شركة الأملاك ٥
شركة العقود : الشركة بالأموال : شروطها العامة ٥
شركة العنان ٥
شركة المفاوضة ٩
الشركة بالوجوه ١٠
الشركة بالأعمال ١١
باب الشركة الفاسدة : ١٥

كتاب المضاربة

تفسير المضاربة ١٩
ألفاظها ١٩
شرائط صحتها ٢٠
أحكامها : يد المضارب ٢١
المضاربة المطلقة ٢٢
المضاربة الخاصة ٢٢
النهي في المضاربة المطلقة ٢٣
نفقة المضارب ٢٣

قسمة الربح ٢٤
انفساخ المضاربة ٢٤
المضاربة الفاسدة ٢٥

كتاب الصرف

تعريفه ٢٧
حكمه ٢٧
باب آخر منه ٣١
فصل في القرض ٣٥
بيع الفلوس ٣٥

كتاب الرهن

شرعية الرهن ٣٧
ركنه ٣٧
شرائط جوازه ٣٨
ما يصلح مرهوناً ٤٠
ما يكون مرهوناً به ٤٠
حكم الرهن ٤٢
الزيادة في الرهن وفي الدين ٤٦
رهن الشيء المستعار ٤٦
استبدال الرهن ٤٧
اعتاق العبد المرهون ٤٧

كتاب الشفعة

ما تجب به الشفعة ٤٩
شرائط الوجوب : معاوضة مال بمال ٥٠
المبيع عقار ٥١

كيفية الوجوب ٥١
طلب المواثبة ٥٢
المطالبة من الخصم ٥٦

كتاب الذبائح

ما يباح أكله من الحيوان وما لا يباح وما يكره ٦٣
ما لا يعيش الا في الماء ٦٣
ما لا يعيش الا في البر ٦٤
جنين ما يؤكل لحمه ٦٦
شرائط الحل : الذبح ٦٦
التسمية ٦٦
تجريد اسم الله عن اسم غيره ٦٧
محل الذبح وكيفيته ٦٨
ما يكره حال الذبح ٦٩
ما يذكي به ٧٠
أهلية الذبح ٧٠
في الصيد ٧١

كتاب الصيد

إباحة الاصطياد ٧٣
شرائط اباحة أكل الصيد : أن تكون الآلة جارحة ٧٣
أن يكون الحيوان الجارح معلماً ٧٤
أن لا يكون الحيوان الجارح محرم العين ٧٥
أن يكون الإرسال لمن هو أهل للذبح ٧٥
الارسال على ما هو صيد مشاهد ٧٦
أن يكون فور الإرسال باقياً ٧٦

التسمية حال الارسال ٧٧
أن يلحقه المرسل والرامي ٧٧
عدم ادراك ذبحة الاختيار ٧٧
مسائل ٧٨

كتاب الأضحية

هل الأضحية واجبة ٨١
شرائط الوجوب ٨٢
شرائط الأداء وكيفية القضاء ٨٣
ما يجوز في الأضحية وما لا يجوز وما يكره ٨٤
هل للمضحي أن يأكل من أضحيته وأن يبيعها ٨٧

كتاب الغصب

حد الغصب ٨٨
زوائد الغصب ٨٩
حكم الغصب : وجوب الرد ٩١
ضمان النقصان ٩١
زيادة المغصوب ٩٣
إتلاف المغصوب ٩٦
هلالك المغصوب ٩٦

كتاب الديات

القتل الموجب للقصاص والموجب للدية : الجناية في النفس : الموجبة للقصاص ٩٩
القتل الموجب للمال : العمد المحض الذي فيه شبهة ١٠١
القتل شبه العمد ١٠٢

القتل الخطأ ١٠٣
القتل بطريق التسبيب ١٠٤
الجناية فيما دون النفس ١٠٤
وجوب الدية ومقدارها وكيفيتها : الجناية الموجبة للدية في النفس : مقدار
الدية وكيفيتها ١٠٦
فيما دون النفس ١٠٨
الشجاج ١١٠
الجراح ١١٢
ما يجب فيه حكومة العدل ١١٢
حكم النساء ١١٣
حكم العبيد ١١٥
جناية المدبر وأم الولد ١١٦
جناية المكاتب ١١٧
جنايتهم على مولاهم أو على ماله خطأ ١١٧
الجنين ١١٨
بيان من تجب عليه الدية : المدة التي تجب فيها ١١٩
على من تجب الدية ١١٩
على من يجب الأرش ١٢٠
من هم العاقلة ١٢١
باب ضمان الراكب ومن كان في معناه : ١٢٣
باب القسامة : مشروعية القسامة ١٣١
تفسيرها ومن تجب عليه ١٣٢

كتاب الحدود

حد الزنا ـ نوعاه وسبب وجوبه ١٣٧
بيانه ١٣٨

شرائط وجوب الرجم ١٣٩
طريق ثبوته عند القاضي ١٤٠
حد القذف ـ ما هو حد القذف ١٤٣
تفسير القذف ١٤٤
شرائطه ١٤٥
أحكامه ١٤٦
التعزير ١٤٨

كتاب السرقة

السرقة ـ تفسيرها ١٤٩
قطاع الطريق والبغاة ـ قطاع الطريق : من هم ١٥٥
أحكامهم ١٥٦
البغاة ١٥٧

كتاب الهبة

مشروعيتها ١٥٩
ركنها ١٦٠
شرائط صحتها ١٦١
حكمها ١٦٦
الرجوع فيها ١٦٦

كتاب الوديعة

مشروعية عقد الوديعة ١٧١

كتاب العارية

العارية بطريق الحقيقة ١٧٧

بطريق المجاز ١٧٧
العارية المطلقة ١٧٨
العارية المقيدة ١٧٨

كتاب الدعوى والبينات

الدعوى الصحيحة والفاسدة ١٨١
اجراءات الدعوى أمام القضاء ١٨٢
الدعوى في ملك مطلق ١٨٣
الدعوى من الخارجين في ملك مطلق ١٨٤
دعوى الملك بسبب الارث ١٨٥
دعوى الملك بسبب الشراء ١٨٦
دعوى النتاج ١٨٨
ما يتكرر فيه سبب الملك ويصنع مرتين ١٨٩
حقوق الجوار ١٩٠

كتاب الإقرار

كونه حجة ١٩٣
ألفاظ الاقرار ١٩٣
شرائطه ١٩٥
أنواع المقر به : حقوق الله تعالى ١٩٥
حقوق العباد ١٩٦
إقرار العبد والحر وتفسير الإقرار ١٩٦
الاقرار في حالة الصحة ١٩٧
الاقرار في المرض ٢٠٢
الاقرار بالوارث : في حق النسب وفي حق الميراث ٢٠٢

كتاب الوصايا

تقسيم ٢٠٥
بيان الوصية ٢٠٥
مشروعيتها ٢٠٧
شرائط صحتها ٢٠٧
بيان الموصى به : الوصية بالمنافع ٢٠٨
الوصية بالعين ٢٠٩
اذا اجتمعت الوصايا ٢٠٩
هل يقدم بعض أصحاب الوصية على البعض ٢١٠
بيان الموصى له وأحكامه ٢١٢
نوعا الوصايا بالنسبة للموصى له ٢١٥
فصل في الإيصاء : ٢١٧
باب الرجوع عن الوصية : ٢٢٣

كتاب الوكالة

تعريفها ٢٢٧
الوكالة في حقوق الله تعالى : التوكيل في اثبات الحدود ٢٢٨
في الاستيفاء ٢٢٨
الوكالة في حقوق العباد : الوكالة في الخصومة ٢٢٨
الوكالة بقبض الدين ٢٣٠
الوكالة بالشراء ٢٣٢
الوكالة بالبيع ٢٣٤
حكم الوكالة ٢٣٥

كتاب الكفالة

تعريفها ٢٣٧

ألفاظها ٢٣٧
شرائطها ٢٣٨
المكفول به : الكفالة بالديون ٢٣٨
الكفالة بالأعيان ٢٤٢
الكفالة بالنفس ٢٤٣

كتاب الحوالة

شرعيتها وحكمها ٢٤٧
مطلقة ومقيدة ٢٤٨

كتاب الصلح

شرعيته ٢٥١
أنواعه ٢٥١
الصلح بين المدعي والمدعى عليه : من إقرار وبدل الصلح عين ٢٥٢
وبدل الصلح دين ٢٥٢
عن انكار ٢٥٢
بدل الصلح منافع ٢٥٥
المدعى به حقوق ليست بمال : الضرب الذي يجوز ٢٥٦
الضرب الذي لا يجوز ٢٥٦
الصلح بين المدعي والأجنبي : بإذنه ٢٥٩
بغير إذنه ٢٥٩
الخلع من الأجنبي ٢٦٠
العفو عن دم العمد من الأجنبي ٢٦٠
الزيادة في الثمن من الأجنبي ٢٦٠
باب آخر من الصلح ـ مسائل متفرقة ٢٦١

كتاب المزارعة والمعاملة

تفسيرهما لغة وشرعاً ٢٦٥
مشروعيتهما ٢٦٥
أنواع المزارعة ٢٦٦
شرائط الصحة والفساد ٢٦٩
الأعذار في الفسخ ٢٧٢
انفساخ العقد بالموت ٢٧٣
انقضاء مدة المزارعة والزرع بقل ٢٧٣

كتاب الإكراه

نوعاه ٢٧٥
الإكراه على فعل حسي ٢٧٥
الإكراه على الأمور الشرعية : على الانشاء ٢٧٧
على الإقرار ٢٧٩
متى يعتبر الإكراه وممن ٢٧٩

كتاب القسمة

نوعاها ٢٨١
قسمة الأعيان المشتركة ٢٨٢
المهايأة : من حيث المكان ٢٨٥
من حيث الزمان ٢٨٦

كتاب المأذون

مشروعية الإذن للعبد في التجارة ٢٨٧
تفسير الاذن : الاذن الخاص والاذن العام ٢٨٧

الاذن الصريح والذي بطريق الدلالة ٢٨٨
الاذن المعلق بالشرط والمضاف إلى وقت ٢٨٩
حكم الاذن : وما يملك المأذون وما لا يملك ٢٩٣

كتاب السير

تقسيم ٢٩٥
تفسير الجهاد ٢٩٥
كيفية فرض الجهاد ٢٩٦
ما يجب حال شهود الوقعة ٢٩٦
أحكام الأنفال والفيء والغنيمة ٣٠٠
حكم الطعام والعلف وحكم غيرهما ٣٠١
كيفية قسمة الغنائم ٣٠٢
الفارس والراجل ٣٠٣
حكم الأسرى ٣٠٣
حكم الخمس ٣٠٤
الحربي اذا دخل دار الإسلام ٣٠٦
باب أخذ الجزية وحكم المرتدين : حكم الجزية : على من تجب ٣٠٩
مقدارها ٣٠٩
حكم أهل الردة ـ حكم المرتد ٣١٠
حكم مال المرتد وتصرفاته ٣١٢
حكم ميراث المرتد ٣١٢
باب أحكام البغاة : ٣١٥

كتاب الشرب

الفصل الأول : أحكام الشرب ـ الماء والمملوك ٣١٩

ماء البئر المملوك ٣١٩
النهر المشترك بين جماعة محصورة ٣٢٠
الأنهار العظام ٣٢١

الفصل الثاني : أحكام الأراضي : أنواع الأراضي ٣٢٣
كيفية الاحياء ٣٢٤
الحق في الكلأ ٣٢٤

أسماء الأشربة : تفسيرها : الخمر ـ السكر ـ نقيع الزبيب ـ نبيذ التمر ـ الفضيخ ـ الباذق ـ الطلاء ـ الجمهوري ٣٢٧
أحكامها : حكم الخمر ٣٢٨
حكم السكر ونقيع الزبيب والتمر من غير طبخ والفضيخ والباذق ٣٢٩
حكم الطلاء وحكم مطبوخ التمر والزبيب أدنى طبخ على السواء
حكم ما سوى هذه الأشربة ٣٣٠

كتاب الحظر والإباحة

المس والنظر إلى الرجال والنساء : أنواع النساء ٣٣٣
المحارم من ذوات الرحم والمحارم التي لا رحم لها من الأجنبيات ٣٣٤
مملوكات الغير ٣٣٥
الأجنبيات وذوات الرحم بلا محرم ٣٣٥
الرجال في حق الرجال ٣٣٦
النساء في حق النساء ٣٣٦
باب آخر ـ ٣٣٩
باب آخر منه ـ استعمال الحرير ٣٤٣
استعمال الذهب والفضة ٣٤٣
كراهية أن تصل المرأة شعرها المقطوع بشعرها كراهية اللعب بالنرد والشطرنج ٣٤٦

لو مات حامل وفي بطنها ولد يضطرب فهل يشق بطنها ٣٤٧

كتاب السبق

لا بأس بالمسابقة في أربعة أشياء ٣٤٩
أوجه المسابقة وحكم كل وجه ٣٤٩
متى يجوز الرهان والمسابقة ٣٥٠

كتاب المفقود

تفسير المفقود ٣٥١
حكمه : في المآل ٣٥١
في الحال ٣٥٢

كتاب اللقيط واللقطة وجعل الآبق

تفسير اللقيط واللقطة وجعل الآبق والضالة ٣٥٣
حكم اللقيط : هل التقاطه واجب ٣٥٣
نفقات تربيته ٣٥٤
الولاية عليه الولاء ٣٥٤
حكم الحرية ٣٥٤
حكم النسب ٣٥٥
حكم الإسلام ٣٥٦
حكم اللقطة ـ هل يأخذها أم يتركها من يجدها ٣٥٦
اذا أخذها وأراد وضعها مكانها ، أو دفعها الى غيره ، أو هلكت في يده ٣٥٦
وجوب رفع الأمر الى القاضي تعريفها ٣٥٧
الدابة الضالة ٣٥٨
العبد الآبق ـ جعله ٣٥٨

كتاب الخنثى

تعريف الخنثى ـ حكمه قبل البلوغ ٣٥٩
أحكام الخنثى المشكل : الختان ٣٦٠

كتاب الشهادات

تحمل الشهادة ـ عما يجوز وممن ٣٦٤
حضور الشهود عند النكاح ٣٦٤
جواز الشهادة عند القاضي ـ شرط قبولها ٣٦٤
ممن ٣٦٥
اختلاف الشهود ٣٦٥

كتاب الرجوع عن الشهادات

متى يصح الرجوع عن الشهادة ٣٦٧
حكم الرجوع عن الشهادة ٣٦٨

كتاب أدب القاضي

القضاء فريضة ٣٧١
من يولي القضاء ٣٧١
واجبات القضاة ـ بأي حكم يقضي القاضي ٣٧٢
شرط الثبوت عنده : البينة ـ الإقرار ـ علم نفسه ٣٧٢
آداب القضاة ٣٧٤

كتاب الوقف والصدقة

الفصل الأول ـ في الوقف ـ جوازه ٣٧٧
اذا جعل أرضه وقفاً على الفقراء ٣٧٨
اذا وقف في حال حياته وأوصى بذلك بعد وفاته ٣٧٨
اذا أمضى القاضي الوقف ٣٧٨
شروط الوقف ٣٧٨
الفصل الثاني ـ حكم الصدقة ٣٨١